IESVS,

MARIA, *IOSEPH.*

POR

IVANA ANA FERRER Y Dabadia, viuda, y heredera de Iaime Dabadia, Ciudadano de la Ciudad de Valencia;

CON

ANGELA DABADIA;

SOBRE

La valididad del testamento de Vrsola Clara Dabadia, debaxo de cuya disposicion muriò.

1 RETENDE Iuana Ana Ferrer, que el Consejo se ha de seruir de cõfirmar su Real, y Suprema sentencia, dada en 20. de Diziembre del año passado de 659. por la qual se declarò ser valido el testamento de la dicha Vrsola Clara Dabadia, reuocando la sentencia de la Real Audiencia de Valencia, dada en 2. de Octubre de 1658. y confirmando la del Iusticia en las causas ciuiles de la dicha Ciudad, dada en 28. de Febrero del año de 657.

2 Para cuya claridad, dando por supuesto el hecho deste pleito, y valiendonos dèl donde fuere necessario, segun està ajustado por el Relator, con asistēcia de las partes, se diuidirà este papel en tres Articulos.

3 En el primero ſe probarà, que eſte teſtamento no tiene otro defecto, que el de la publicacion.

4 En el ſegundo, que eſte defecto no es de voluntad, ſino de ſolemnidad, y que en nueſtro caſo no vicia el teſtamento, por auerſe cumplido por equipolente.

5 En el tercero, que eſto procede ſingularmente en Valencia, por diſpoſiciones forales.

ARTICVLO PRIMERO.

Que eſte teſtamento no tiene otro defecto, que el de la publicacion.

6 Son tan releuantes los motiuos de la Suprema ſentencia, de que la parte contraria ha ſuplicado, que intenta en eſta inſtancia violentar el hecho, deſeſtimãdo la defenſa primera, corroborandola con diferentes dictamenes, que aunque prudentis ſit mutare conſiliũ, *l. nonnunquam, vbi gloſſ. ff. de collat. bon.* deſcubren ſu deſengaño en la miſma nouedad.

7 Y aſsi, en quanto à eſta parte, ay poco à que ſatisfazer; porque auiendo hecho relacion Iaime Dabadia en ſu primera peticion ante el Iuſticia de las cauſas ciuiles, *mem. num.* 8. como la teſtadora, al tiempo que teſtò, eſtaua en ſu cabal juizio, y entendimiento, y que con voz inteligible, y clara ordenò, y diſpuſo ſu teſtamento; y auer todos los teſtigos dicho, y declarado, que del modo que ſe contiene en dicha peticion paſsò efectiuamente.

8 Poco importa ponderar la grauedad de ſu enfermedad, y poſtrado de ſus fuerças, ya por auerle dado los Sacramentos del Viatico, y Extremavncion tan apreſuradamente, que fue todo de vna vez, ya por ſucederle el letargo que tan inmediatamente la ſobreuino, y ya por lo que ſe quiere ponderar de lo que dixo Iaime

Da-

Dabadia, ajustando el memorial en hecho en la casa de D. Alonso de Godoy, Relator extraordinario deste pleito, scilicet, que el dia antes que comulgaran à la dicha testadora, diziendola, que tratasse de disponer sus cosas; respōdiò, que la dexassen, que no estaua para ello; y que despues de auerla dado el Viatico, el mismo Iaime Dabadia la ayudò à abrir la boca para recibir el labatorio.

9 Porque como dixo *Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 8. num. 25. Testamenti validitas, & inualiditas, non pendet à corporis bona valetudine, sed à mentis sanitate.*

10 De cuyo principio nace, que como el juizio estè cabal, aunque el testador estè ya semimuerto, y turbada la lengua, puede testar, *l. quoniam indignum, C. de testam. Surd. cons. 414. num. 59. Gratian. discept. forens. cap. 863. num.* 10. cum relatis à *Sesse decis. 56. num.* 12. & 13. quem sequitur *Ramon cons. 44. n. 5.*

11 Lo qual procede aun en caso que no constara mas que del mismo testamento, sin que los testigos dixeran que estaua en su juizio, y buen entendimiento, porque la presumpcion està siempre en fauor del testador; particularmente afirmando el Notario, como afirma en dicha su relacion, *mem. num.* 10. ser verdad todo lo contenido en dicha peticion, y ratificandose en ella en la reinterrogacion que se le hizo en la Real Audiencia, *mem. num. 28. in fin. & num. 35.* y singularmente, hablando como hablaua nuestra testadora, aũque fuera ad interrogationem alterius, *Bertaç. cons. 102. in ciuil. num. 8. Grammat. decis. 73. quos refert Sesse d. decis. 56. num. 13.*

12 Y quando en lo dicho pudiera auer alguna duda, no la ay en que la testadora, quando testò estaua en su cabal juizio, respondiendo à todo lo que se le pregũtaua con mucho acuerdo, como expressamente lo dizen los testigos reinterrogados por la parte contraria:

Pues

13 Pues Melchor Boix, *mem. num. 29. prop. fin.* dize, ibi: *Y està en memoria, que dicho su Maestro preguntando à dicha enferma si queria hazer su testamento, y disponer de sus cosas, à todo lo que la preguntaua le respōdia con mucho acuerdo.* Y sobre el septimo articulo, *memor. num 40.* dize, ibi: *Y quando este testigo, juntamente con su Maestro, fueron à la casa de Iaime Dabadia, y entraron en el aposento, y quadra donde estaua dicha Vrsola Clara enferma en la cama, esta estaua con todos sus sentidos, y hablaua, respondiendo directamente à todo lo que dicho Arcos la preguntaua.*

14 Domingo Izquierdo, *mem. num. 30.* dize, ibi: *Y estaua la dicha enferma en la cama; y diziendola el dicho Arcos si queria ordenar sus cosas, aquella à todo lo que la preguntaua le respondia muy clara, y distintamente.*

15 Iacinta Marco, *mem. num. 31.* dize, ibi: *Y que ya tiene declarado, que viò fue aquel à preguntar, y recibir la vltima voluntad de la dicha Vrsola Clara Dabadia, como con todo efecto la preguntò; y aquella le respondiò, estando en si à todo lo que aquel la preguntaua, que se hiziesse.*

16 Con que no es dudable, que aunque la testadora estuuiesse muy enferma, y postrada de fuerças, estava sana mentis.

17 Sin que obste dezir, que auiendo dicho la testadora el dia antes, que no estaua para testar, y auerse priuado de juizio antes de acabar el testamento, es argumento de que en el medio tiempo del acto del testar tampoco no estaria en su juizio, quia probatis extremis, censetur probatum medium, *Ancharran. cons. 5. col. 2. vers. Ad hoc respondeo.* A que se responde, que donde consta de la verdad, en vano se impugna por presumpciones, *l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 145. num. 4.*

Lo

18 Lo otro, que de que la testadora dixera, que no estaua para testar, no se infiere que no estaua sana mentis; y el mayor argumento es, el que la testadora lo dixera: A mas, que lo pudo dezir por librarse de la molestia con que la podian instar à que testara; ò por parecerla, que aun no estaua tan enferma, que necessitasse de hazer testamento; ò por hallarse entonces demasiado aquexada del mal, segun el estado del crecimiẽto; ò por no tener discurrido, y premeditado el modo de su disposicion, queriendo comunicarlo con su Confessor, para mayor seguridad de su conciencia, como lo hizo despues el mismo dia que testò, como lo dize el mismo Cõfessor, *mem.n.* 11.

19 Tùm, porque en las enfermedades que llegan à tal estado, muy regular es con los crecimientos hazer rapto la calentura à la cabeça, y delirar mientras dura el crecimiento; y passado este, cessar el delirio; y assi no es argumento dezir, que porque el dia antes no estaua para testar, tãpoco lo estaria el dia siguiente, iuxta text. in *l.* 2. & *in l. qui testamento, vers. Ne furiosus, ff. de testam.* & ex ea quæ tradit *Farinat. in decis.* 384. *Rot. Roman. in nouiss.*

20 Tùm etiam, porque en quanto al priuarse de juizio despues de hecho el testamento, quando los testigos no dixeran tan claramente, que mientras testò hablaua la testadora, y respondia con mucho acuerdo, lo dize mas claramente Iacinta Marco, que fue despues de auer testado, y minutado, el Notario disponia el testamento con su escriuiente, *mem. fol.* 18. *B. in fin.* ibi: *Dixo, que quando la dicha Vrsola Clara perdiò el habla en dicha ocasion, ya el dicho Ioseph Arcos, por medio del que escriuia por el, auia acabado de minutar el testamento de la dicha enferma*; siendo la mayor congetura de su cabal juizio, el hazerse el dicho testamento inmediatamẽte al recibir el Viatico, como lo dize el mismo Notario

 vbi

vbi infra *num.*73. pues nō es creible, que si no estuuiera en su juizio la dieran la Comunion.

21 Tampoco obsta dezir, que este testamento se hizo ad interrogationem alterius, y en caso que la testadora erat in extremis; y que assi no vale, porque entonces se presume potius respondere, vt se eximat à molestia interrogantis, quam vt eius sit voluntas condendi testamentum, *Ioan. Andr. ad Speculat. in tit. de testam.* §.1. *vers. Quid si is*, quem sequuntur plures citati à *Socin. cons.*229. *n.*7. *vol.*2. cum pluribus relati à *Surd. d. cons.*414. *n.*9.

22 Y mas hallandose en casa del heredero instituido, en cuyo caso se presume, que la dicha institucion se hizo potius timore, ne ab illo deseratur, *l. Medicus, ff. de var. & extraord. cognit. Menoch. lib.* 4. *præsumpt.*8. *num.*29.

23 Singularmente concurriendo el responder la testadora, *que si*, à todo lo que se le preguntaua, *Corneus cons.*43. *col.*4. quem refert *Menoch. d. præsumpt.*8. *n.* 41. *vers. Quintum est signum.*

24 A que se responde: Lo primero, que este testamento no se hizo ad interrogationem alterius, sino que fue propria disposicion de la testadora, como consta de la declaracion del Notario, *mem. num.* 28. *in fin.* ibi: *Y la pidiò in continenti que la acabaron de comulgar, que si queria hazer su testamento, y diziendole, que si, se le dicto, y hizo minutar, en presencia de aquella, y de los dichos testigos, al dicho Melchor Boix su escriuiēte, el qual lo escriuio del modo, y manera q̄ aquella lo dispuso*: Luego la disposicion fue de la misma testadora.

25 Lo segundo, que aunque los testigos dizē, que el Notario la preguntaua, y que la testadora respondia à todo con mucho acuerdo, no de ahi se infiere, que el testamēto fue hecho ad interrogationem alterius; porque lo que el Notario la preguntò, segun consta de los

mismos testigos, fue lo que tenia obligacion de preguntarla, segun la disposicion del *fuer. 12. rubr. de testam.* esto es, si le conocia, si queria hazer testamento, si queria reuocar los hechos hasta entonces, y otras preguntas generales: Y esta es la verdad del hecho.

26 Pero quando las preguntas passaran mas adelante, hasta la institucion de heredero, tampoco se pudiera dezir, que este testamẽto se hizo ad interrogationem alterius, porque las dichas preguntas mirauan solamente à la orden del testamento, conforme el estilo, en la colocacion de las clausulas; esto es, que estuuiesse primero la disposicion del alma; despues, el descargo de deudas; luego, los legados; y finalmente, la institucion de heredero: Pero no en quanto à la disposicion substancial del testamento, preguntandola si queria instituir por heredero à Iaime Dabadia, sino preguntandola à quien queria instituir por heredero; respondiendo la testadora à cada vna de las clausulas lo que queria q̃ se hiziesse con palabras formales, y del modo que està dispuesto en dicho testamento: De suerte, que la disposicion fue toda de la testadora, aunque el orden fue del Notario, y se infiere de los dichos de los testigos.

27 Pues Iacinta Marco, *mem. num. 27.* dize: *Que se continuò por escrito todo lo dispuesto por la testadora.* Y *num. 31.* dize: *Que respondiò, estando en si, à todo lo que el Notario la preguntaua.* Y lo mismo dizen Melchor Boix, y Domingo Izquierdo, como se ha dicho *supra num. 22. y 23.*

28 Lo tercero, porque tampoco es de fundamẽto dezir, que la testadora à todo lo que se la preguntaua respondia, *que si,* sin auer otra cosa en todo el processo de que poder inducirlo, sino el dicho de Iacinta Marco, *mem. d. num. 27.* ibi: *Y auiendo sido interrogada la dicha Vrsola Clara Dabadia del modo que queria disponer, aquella à todo respondiò, y dixo, venia bien; y auiendose* con-

continuado por escrito todo lo por aquella dispuesto , &c. queriendo inducir desta deposicion, que lo que respondiò la testadora , fue dezir , *que venia bien à todo*; y por consiguiente, que no dispuso cosa alguna.

29 A que se responde, que la dicha respuesta mira à dos tiempos diferentes; esto es, que auiendola preguntado del modo que queria disponer, *la testadora respondiò à todo*; esto es, disponiendo; y por esso concluye, *Y auiendose continuado por escrito todo lo por aquella dispuesto*: De cuya respuesta, y disposicion conocieron los testigos , que estaua muy en si, y respondia con mucho acuerdo, y con mncha claridad. Y en quanto à dezir la testigo, *y dixo venia bien*, se refiere al tiempo , despues de auer acabado la disposicion, como estando, y perseverando en lo ya dispuesto, para que el Notario lo continuara por escrito.

30 Cuya inteligencia , à mas de ser la literal, es la que se debe dar para que los testigos no estẽ discordes, ex relatis à *Farinat. de testib. quæst.* 35. *num.* 37. pues de otra suerte, ni la misma testigo, ni Melchor Boix, ni Domingo Izquierdo, que dizen que à todo respondiò la testadora muy en si, con mucha claridad, y con mucho acuerdo, pudiera ser cierto; porque para que los testigos lo podieran conocer , era necessario que la oyeran hablar algo, *Rot. in nouiss. decis.* 138. *part.* 1. *Cephal. cons.* 546. *sub num.* 49. prout refert *Cancer. lib.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 138.

31 Lo quarto, porque tampoco obsta el que estuuiesse en la casa del heredero , porque la testadora no estaua oprimida, sino muy libre de su voluntad , sin temor de que la desampararan los que la asisitian, ni tal se ha propuesto por la otra parte , ni ay congetura de que inferirse, ni ninguno de la familia del heredero la importunaua à que le instiyesse, ni se hallò presente al tiempo de hazer el testamento , ni consta que no quisiesse hazer

zer testamento; las quales son circunstancias, que han de concurrir para que no valga el testamẽto, *Menoch. d.lib.4. præsumpt.8.n.29.* à quien cita el *señor Leon decis.40.n.69.lib.3.*

32 Antes bien consta, que quiso hazer testamento, assi porque lo dixo en esta conformidad al Notario, pues preguntada por él si queria hazer testamento, dixo, *que si*, segun lo dize el mismo Notario, y todos los testigos, como por la deposicion de Fray Lucas Heredia su Confessor, *mem.num.* 11.ibi: *Dixo, que lo que pude dezir es, que todo lo que en ella se expressa passò de verdad, porque el testigo se hallò presente à todo lo que se dize en dicha peticion, à ocasion de que el dicho testigo era su padre espiritual de la dicha Vrsola Clara; y que antes que viniera el dicho Ioseph Arcos Notario, el qual auia de recibir su vltimo testamento, le tenia comunicado, y tratado al testigo en particular, que à quien auia de dexar heredero la dicha Clara en todos los bienes, y herencia, era à Iaime Dabadia su hermano, como en dicha peticion se expressa largamẽte; y que assi fue su voluntad, y no otra;* & voluntas testandi colligitur ex his, quę dicta sunt ante, vel post testamentum, ex relatis à *Surd. quos sequitur in cons.*414.*n.*56.

33 De cuya deposicion no solo resulta el animo de testar que tuuo la testadora, sino tambien el que tuvo de instituir por su heredero à Iaime Dabadia; y esta institucion fue en la testadora muy premeditada, fundada en cariño, politica, y obligacion natural, y de derecho.

34 En cariño, pues toda la vida le tuuo, y mostrò mayor à Iaime Dabadia, que no à Angela, como lo dizen Iosepha Gomez sobre el 2. *art. memor. fol.* 26. y Mariana Capdevila, Isabel Iuan Pasqual, Clara Periz, Geronima Pastor, y la misma Iosepha Gomez sobre el *art.*3. *memor. fol.*26. los quales afirman, que queria, y

estimaua mas al dicho Iaime Dabadia, q̃ à la dicha Angela: Y lo mismo en el *art.* 10. *mem. fol.* 28. *B.* hasta tener las dos hermanas algunos disgustos, por mostrar la testadora mas cariño, no solo al dicho Iaime, sino à sus hijos, que à la dicha Angela, y los suyos, como lo afirman todos los testigos sobre el 9. *art. mem. fol.* 28. *B.*

35 Y sobre el 6. *art. mem. fol.* 27. los mas testigos afirman, que la testadora no frisaua con el natural de la dicha Angela: De tal suerte, que siendo entrambas à dos hermanas viudas, y viuiendo en vna misma casa, jamàs la testadora quiso comer à vna mesa con la dicha Angela, sino en la del dicho Iaime Dabadia, familiariçandose con èl, su muger, y hijos, como lo dizen todos los testigos sobre el 7. *art. mem. fol.* 28.

36 A lo qual se juntò vn sentimiento grande, que pocos dias antes que muriera la testadora le ocasionò, auiendo passado à segũdas bodas la dicha Angela, muy à su disgusto, y tanto, que viuiendo en vna misma casa, no solo no la diò noticia del casamiento, sino que se fue sin despedirse della, sintiendolo tanto la testadora, que significando su sentimiento à algunas personas, dixo, que este pesar la auia de costar la vida, como lo afirman los testigos en el *artic.* 13. *y* 14. *memor. fol.* 29. *B.* *y* 30.

37 En politica, porque la testadora atendia à la cõseruacion del nombre de los Dabadias, el qual propriamente no se conserua por medio de las hembras, aunque la familia se conserue por ellas, en materia de mayorazgos de España, *D. Molin. de Hispan. primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 8. porque los hijos de las hembras lleuan el apellido de los padres, y no los suyos; y assi lo dixo la testadora en varias ocasiones, y que por essa razon queria dexar por heredero à su hermano, y sus hijos, y no à su hermana, ni à los suyos, como lo dizen tres testigos, que afirman auerselo oido dezir à la misma testadora, sobre el *art.* 8. *mem. fol.* 28.

Por

38 Por obligacion natural, por hallarse obligada la dicha testadora de las asistencias, y estimaciones que della hazia el dicho Iaime Dabadia, y toda su casa, reconociendolo asi la testadora con las experiencias de vna larga enfermedad, como lo dizen todos los testigos sobre el 5. *art. mem. fol. 26. B. in fin.* al passo que la dicha Angela con disgustos, y desazones la desobligaua, como se ha dicho.

39 Y estas beneficiosas asistencias contraen obligacion natural à la remuneracion, *l. sed & si, l. 25. §. consuluit, ff. de petit. hæredit. Aristot. 8. ethicor. Vacon. à Vacun. lib. 5. declarat. 67. num.* 10. Y es de tanta fuerça la obligaciō del beneficio, que hasta en las mismas medulas se imprime, apostandose de inmortal à la paga, como lo dixo *Ouid. Trist. eleg. 4. lib.* 1. ibi:

Hæc mihi semper erunt infixa medulis,
Perpetuusque animi debitor huius ero.

40 Por obligacion de derecho, pues el patrimonio de la testadora exceptò trecientas libras que huuo de la herencia de su madre; le preuino de los bienes de Iaime Dabadia, padre comun de los tres hermanos, que se los dexò por via de dote, y en contemplacion de matrimonio, y no en otro caso, en vn legado à la dicha testadora, cuyo heredero vniuersal fue el dicho Iaime Dabadia, como todo consta por los instrumentos presentados, *mem. n. 73. y 74. fol.* 44.

41 Con que consta que recayò en èl el derecho de dotador, que en Valencia es, que la muger dotada que muere sin hijos, solo pueda disponer de la tercera parte de dicha dote, *for. 2. rubr. solut. matrim.* Y en caso de no disponer, buelua toda la dote por entero al dicho dotador, excluyendo al sucessor abintestato, vt docet *Dom. Leo decis. 58. num. 1. & 2. lib.* 1.

42 Y que no tuuiera la testadora mas bienes que los dichos, lo dizen el Licenciado Naruaez assertiua-

men-

mente, haziendo numeracion de dichos bienes; y otros quatro testigos de oidas: ni lo niega la misma Angela Dabadia, *mem.* sobre el *art.* 11. *fol.* 29.

43 De que resulta, no solo el animo que tuuo la testadora de testar, y instituir por heredero al dicho Iaime Dabadia, tan premeditado por espacio de algunos años, sino tambien la obligacion en que estaua de hazerlo assi.

44 Con que quando quisieramos conceder, que este testamẽto fue hecho ad interrogationem alterius, nos hallamos en terminos del segundo caso de los tres que propone *Menoch. lib.* 3. *d. præsumpt.* 8. *num.* 24. ibi: *Secundus casus est, cum testator verè sanæ mentis est, & si corpore eger, atque infirmus iacet, & liberæ voluntatis est, quippè qui nõ timet consanguineos, & constat voluisset testari, sed ignoratur quem hæredem velit facere. Hoc casu valet testamentum conditum ad interrogationem, vel Notarij, vel alterius personæ priuatæ, nec differt hic casus à præcedenti, cum testamenti validitas, & inualiditas, non pendeat à corporis bona valetudine, sed à mentis sanitate, & habet hic casus eosdem Authores quos, & præcedens: Quo tamen clariora hæc omnia redderentur, hunc ab illo separaui.*

45 Y estiende este caso in *num.* 26. ex *Socin. Iun. in cons.* 178. *num.* 16. *lib.* 2. aunque la enfermedad fuera muy graue, y aunque el testador estuuiera tan apretado; quod valbutiret, & in articulatè loqueretur, vt ipse *Menoch. d. præsumpt.* 8. *num.* 28. & plenius *Surd. cons.* 414, *num.* 54. cum *Sesse, & Ramon. vbi supr. num.* 19. Y aunque quien le preguntara no fuera el Notario, sino otro tercero, y que à esso se añadierã algunas molestias de los consanguineos; etiam si no constara que antes de ser preguntado el testadora auia animo de testar, vt ipse *Menoch. fundat d.* 8. *præsumpt. n.* 27. & 28. y aunque el testamẽto hecho assi fuera reuocatorio de otro, *Surd. d. cons.* 414. *n.* 61.

Y

46 Y la razon es, porque siempre que cessa la presumpcion de sugestion, y fraude, vale el testamento ad vlterius interrogationem, *Menoch. d. præsumpt.* 8 *n.* 14 Y en nuestro caso, no solo cessa por las razones dichas, sino porque la testadora nombrò por su propria boca al heredero, como se cõuence de todos los testigos, y singularmente de su Confessor, como està dicho, ex *Surd. d. cons.* 414. *num.* 62.

47 Con que queda llano, que aũque el dicho testamẽto se huuiera hecho ad interrogationem alterius, estando la testadora sana mentis, y constando del animo que tenia de testar, y de instituir por heredero al dicho Iaime Dabadia, vale el testamento.

48 Tampoco obsta dezir, que el Notario no fue rogado, porque lo contrario consta de su declaracion, *mem. num.* 28. *fol.* 12. *B.* de la de Melchor Boix, *num.* 29. y de la de Domingo Izquierdo, *num.* 30. que dizen; este, que le fue à llamar; y aquellos, que fue llamado: A mas, que auiendola preguntado el dicho Notario à la testadora si queria hazer testamento, y respõdido ella, *que si*, passando al acto de hazerle, y escriuirle el Notario, aunque no cõstara del ruego, bastaua el tacito, que se induce de lo dicho, ex traditis à *Menoch. d. lib.* 4. *præsumpt.* 8. *num.* 16. singularmente en el Reyno de Valẽcia, donde el defecto de solemnidad no vicia el testamẽto, como se probarà en el tercero Articulo.

49 Tampoco es de fundamento dezir, que estos testigos con q̃ se prueba el testamento, no lo fueron, ni pensauan serlo; pues acabado de escribir el dicho testamento, el Notario mandò llamar testigos, y con efecto los llamò Domingo Izquierdo, *mem. n.* 30.

50 A que se responde, que lo mas que dicha prevencion del Notario pudo obrar, llamando otros testigos, fue, parecerle à él, que con los que estauan presentes no podia recibir el testamento, como con efecto se

lo pareciò, y lo dixo à Fray Lucas Heredia, como lo depone el mismo Padre Heredia, *mem. num.* 47. *fol.* 19. *B.* Y este juizio del Notario no pudo influir nulidad en el testamento, porq̃ fuera, de Notario, hazerse Iuez; y assi està decidido dos vezes en la Rota Romana, prout apparet ex altera *decis.* quam refert *Gratian. discept. forens. cap.* 550. *n.* 43. *vol.* 1.

51 Y la razon es, porque siendo constante, como se ha visto, que la testadora quiso hazer su testamento, como lo dixo con formales palabras, respondiendo al Notario, que la preguntò, si queria hazerlo; y siendo tãbien verdad, que reduxo à acto essa voluntad, en presencia del Notario, y testigos que se requiere de derecho, no ay razon porque se diga, que el juizio del Notario puede anular el acto que la ley hizo legitimo.

52 A mas, que este acto de testar no era del Escrivano, sino solo del testador, como dixo el texto in *l.* 1. *ff. de testam.* ibi: *Testamentum est voluntatis nostræ, iusta sententia, &c. Othoman. cons.* 36. *num.* 14. Luego el juizio del Notario no pudo anular el acto que no era suyo; y èl hizo lo mas que pudo hazer, que fue, no publicarlo, que pudiera muy bien, si entendiera que el testamento hecho en presencia de los testigos, que oyeron de la boca del testador toda su disposicion, se puede publicar en presencia de solos los testigos; porque en este caso, la publicacion no se requiere mas que para que conste, que lo que se contiene en el testamento no es otra cosa, que lo dispuesto por el testador; lo qual no se puede hazer, sin q̃ interuenga el mismo testador, quando los testigos no se hallaron à la disposicion; pues entonces, aunque el testamento se les leyera à los testigos, no pudieran desmentir el fraude del Notario, si le quisiera hazer.

53 Y en caso no menos arduo autenticò vn Notario otro testamento, que se declarò por valido; y fue,

que

que siendo de fuerō expresso en el Reyno de Aragō (solemnidad necessaria) que el testador firme el testamento; cierto testador, auiendo acabado de declarar, y disponer toda su voluntad, y el Notario de escriuirla, al tiē po de firmar el testamento, cœpit laborare repētino furore testator, de tal suerte, que no le quiso firmar; en cuya resistencia, el Notario à dos testigos testamentarios hizo firmar por el testador, y con esso autenticò el tes-tamēto, prout refert *Sesse decis.56. lib.1.* y se repitirà infra *n.* 179.

54 Tùm, porque en tanto grado es el acto del testamento de solo el testador, que à él se le pregunta si conoce à los testigos, y si quiere que lo sean de su testamē-to: Luego para que no valiera el testamento, por auer embiado à llamar otros testigos, auia de auer sido por orden de la misma testadora, à cuya satisfacion auian de ser. Y aunque se puede dezir, que tāpoco se sabe que la testadora quiso que estos testigos lo fueran de su testamento: Se responde con la presumpcion de derecho, que es, que el testador quiere testar del mejor modo que puede, *Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 12. num. 1.* & post alios *Honded. cons. 77. n. 2. lib. 1.*

55 Tùm etiam, porque basta que no conste que la testadora no quiso lo cōtrario, y mas constando que quiso hazer aquel acto de testamento, y que le hizo en presencia de dichos testigos, singularmente en Valencia, donde por fueros especiales, en los testamentos escritos por Notarios, no es necessario que los testigos sean rogados, *Dom. Leo decis. 40. num. 137. lib. 3.* por lo qual, qualquiera que se halla presente al tiempo de la disposicion puede ser testigo.

56 Y finalmente, porque aunque la misma testadora huuiesse mandado llamar los dichos testigos, no se viciara el testamento; porque no se presume, que la testadora se quisiesse estrechar à que solo valiesse con los

tes-

teſtigos llamados, pudiendo valer con los preſentes, ex doctrina tradita à *Cancer. d.cap.4. de teſtam.n.98.*

57 Ni es de fundamento lo que ſe opone contra los dichos de los teſtigos; no lo primero, contra la depoſicion de Fray Lucas Heredia, *mem. num.*47. ibi: *Dixo, que ſe hallò preſente el dia mencionado en el preſente interrogatorio: y al tiempo que Ioſeph Arcos Notario entrò à querer recibir el teſtamento de Vrſola Clara Dabadia, y aquel lo començo à continuar, y para publicarlo, le pareciò, que aquella no eſtaua en ſi, no quiſo acabar de concluirlo, diziendo, que no ſe atreuia à recibirlo, que tenia eſcrupulo; ni menos de acabar de continuar aquel, por eſtar ya tan in extremis, que pudiera hazer teſtamento, ni en otra manera diſponer de ſus bienes, por las razones que tiene dichas, y ſe contienen en el interrogatorio.*

58 De cuya depoſicion, la parte contraria infiere dos coſas: La vna, que la teſtadora, deſde que entrò el Notario, haſta que empeçò à continuar el teſtamento, no eſtuuo en ſi: Y la otra, que el dicho Notario ni recibiò dicho teſtamento, ni acabò de continuarlo, como conſta de las palabras: Luego no ſolo faltò la ſolemnidad de la publicacion, ſino lo ſubſtancial de el teſtamento.

59 Para cuya ſatisfacion baſtaua poner à la letra la primera depoſicion del miſmo Padre Heredia, hecha ante el Iuſticia de las cauſas ciuiles, pueſta en el *memor. num.*11. & ſupra *num.*41. por la qual manifieſtamente dize: *Que paſsò real, y verdaderamente todo lo que eſta parte refiere en ſu primera peticion, mem. num.*8. ſingularmente, quando para euitar la contradicion, y variedad ſe debe intentar qualquiera interpretacion de palabras, quando en eſta ſegunda depoſicion huuieſſe algunas equiuocas, ex latè congeſtis à *Farinat. de teſtib. q.65. part.2.n.37.* & 38.

60 Pero por cumplir con todos los eſcrupulos del

cui-

cuydado se haze demõstracion de la consonancia, y armonia que entrambas a dos disposiciones hazen entre si, sin que esta segunda se oponga en nada a la primera; siẽdo motivo de la duda presente la inlegalidad de quiẽ recibio, y continuò este dicho: y para que se vea, examinemos de donde nacen las dos consequencias que la otra parte infiere.

61 La primera es, *que la testadora desde que entrò el Notario, hasta que empeçò a continuar el testamento no estuvo en si*; la qual es tan agena de las palabras de la deposicion, que aunque esta fuera vnica, y de testigo singular, no pudierã tener essa inteligencia, la qual se funda en aquellas palabras, ibi: *Y para publicarlo, le parecio aquella no estava en si*, las quales, las dixo el testigo despues de auer puesto tres tiempos, el primero, ibi: *Y al tiẽpo que Ioseph Arcos, Notario, entro a querer recibir el testamento de Vrsola Clara Dabadia.* El segundo, ibi: *Y aquel lo començò a continuar.* El tercero, ibi: *Y para publicarlo, le parecio que aquella no estava en si*: luego este parecerle que no estaua en si, se ha de referir à solo el tiẽpo de la publicacion, y no al tiempo de recibir el testamento, ni al de continuarlo.

62 Lo primero, porq̃ segun buena gramatica, ha de hazer relacion al tiempo mas cercano, que es el de la publicacion con quien està inseparado; y aunque aquella diccion *Y*, que separa los tres tiempos, es coniunctiva de la oracion, *Bim. cons. 150. num. 67.* se entiende quando en las oraciones antecedentes falta verbo; para cuyo sentido es preciso seguir el periodo hasta toparle, vt notat ipse *Bim. loco citato.* Y el sentido de los dos primeros tiempos no depende del verbo: *Le pareciò que aquella no estava en si.* Desuerte, que haga el sentido que dize la parte contraria, scilicèt: *Y al tiempo que Ioseph Arcos, Notario, entrò a querer recibir el testamento de Vrsola Clara Babadia, le parecio que no estava*

tava en si; *y aquel lo conmençò a cõtinuar, le parecio que no estava en si, y para publicarlo, le parecio que no estava en si.* Porque de otro verbo antecedente reciben senti-do los dos primeros tiempos, vt ibi: *Dixo que se hallò presente el dia mencionado en dicho interrogatorio.* Y lue-go prosigue: *Y al tiẽpo que Ioseph Arcos, Notario, entrò a querer recibir el testamento de Vrsola Clara Babadia,* como si dixera: *Se hallò presente, y aquel le començò a continuar,* scilicèt: *Se hallò presente*; de modo, que aquel verbo; *Se hallò presente*, es el que influye sentido en los tiempos dichos, *ex l. Cum pater, §. 22. ff. de legat. 2.*

63 Lo otro, porque responder el testigo con este sentido, es el propio de la obligacion de su di-cho; pues para que hiziera fee con èl, y para habi-litarse, fue preciso que por èl se conociera que auia es-tado presente en todos los tres tiempos del testamen-to; y assi en todos ellos quiso repetir la clausula: *Se ha-llò presente*, y no la otra: *Le parecio que aquella no esta-va en si.* Porque quando cessara lo dicho, esta inteligen cia se opone a la declaracion hecha antecedentemente por el mismo testigo, y a las de los demas; y la otra con cuerda con todos, y hazẽ sus palabras propiedad de sen tido, a la qual siempre se ha de atẽder; *l. 1. §. qui in perpe tuũ, ff. si ager vectigal. l. 1. §. his qui navem, ff. de exer-cit. action.*

64 Lo otro, porque quando llegò al tercero tiem po donde mudò el verbo; para dezir que le parecio, *que no estaua en si*, trocò el estilo a la locucion, y dixo: *Y pa-ra publicarlo, le parecio que aquella no estava en si*, aña-diendo a la *Y*, coniunctiua, la otra diccion, *para*, que es lo mismo que *ad*, como si dixera, *& ad publicandum,* haziendo el caso de la publicacion, el preciso de pare-cerle que ya no estaua en si; porque del aumẽto de dic-ciones que no se hallan en las antecedentes oraciones, se infiere variedad de capitulo, y diferencia de locuciõ,

de-

desuerte que impide que las postreras palabras se refieran a las antecedentes, vt ex *Gabr. de clauʃ. concluʃ. 9. num.* 8. tradit *Bim. conʃ.* 130. *num.* 18.

65 La segunda consequencia, scilicèt: *Que el Notario, ni recibio el dicho testamento, ni acabò de continuarlo*; nace de aquellas palabras: *Y aquel lo començò a continuar*, juntas con aquellas otras: *No quiso acabar de concluirlo.*

66 Cuya satisfazion està clara; porque dezir el testigo: *Que començò el Notario a continuar el testamẽto*, diziendo inmediatamente: *Que para publicarlo, le parecio que la testadora no estava en si*, es dezir, que le cõtinuò hasta la publicacion; pues en el acto de ella hizo el reparo de que no estaua en si; y por esso el testigo añadio las otras palabras: *No quiso acabar de concluirlo*, q̃ fue lo mismo q̃ si huviera dicho, *no quiso publicarlo*; porque en la realidad, al dicho testamẽto no le faltaua otra cosa, que la publicacion para acabar de concluirse.

67 Sin que fuera de fundamento, si se dixera, que el testigo absolutamente dixo: *que el Notario solo començò a continuar el testamento*, luego no acabò: Porq̃ se satisfaze, que el testigo al dezir que lo començò a cõtinuar, no añadio la diccion, *solamente*, sino que lo començò a continuar; pero no dize hasta donde lo continuò: y auiendo dicho inmediatamente que para publicarlo, le parecio que ya no estaua en si: es argumento euidente de que lo continuò hasta la dicha publicaciõ; Y sobre que este sentido es el mas propio, y mas ajustado a la declaracion antecedẽte del mismo testigo, a las de todos los demas, lo explicò mejor con las otras palabras: *no quiso acabar de concluirlo*; como significando que lo continuò hasta dõde no faltava mas que añadir el vltimo punto de la conclusion, que es el acto de la vltima perfecion, *Menoch. de arbitrar. quæst.* 35. *numer.* 1.

Tam-

68 Tampoco obsta lo segundo contra la deposicion de Iacinta Marco, la qual *numer.* 32. *fol.* 14. dixo: *Que a ocasion de entrar, y salir a dar lo necessario a la enferma, no vio publicar el dicho testamento;* queriendo inferir de estas palabras, q̃ esta testigo no lo puede ser testamentaria, à mas que por ser muger: no lo puede ser tã poco.

69 A q̃ se responde en quanto a lo primero, que el dezir la testigo las dichas palabras, no es argumento de que no se hallò presente al tiempo de la disposiciõ; porque siendo tiempo distinto el en que se avia de publicar el testamento, del que la testadora dispuso, intermediãdose el que tardò el Notario en minutarlo, bien pudo entrar, y salir al tiempo que se avia de publicar, y estar constante al tiempo de la disposicion; y afirmandolo asi todos los testigos, y la misma Iacinta Marco, refiriẽdo a la letra toda la disposicion, no es dudable que passò en esta conformidad.

70 Y dà mayor motivo a este discurso lo natural de el caso; pues siendo esta Iacinta como enfermera de la testadora, y al tiempo de querer publicar su testamento reconocer el letargo que le avia sobrevenido, claro està que entonces para los remedios que se preveniã era fuerça que entrara, y saliera; pero como en el tiempo de la disposicion testamentaria no se ofrecio ocasion de tal inquietud, assistio alli, sin necessidad de entrar, ni salir.

71 En quanto a lo segundo se responde, que esta testigo no se presentò por testigo instrumẽtario, ni por necessidad que della vbiesse, porque sin ella, el testamento tiene los tres testigos que requiere el *Fuero 7. rubr. de testam.* que son, el Padre Heredia, Domingo Izquierdo, y Melchor Boix; sino solo para mayor demõstracion de la verdad, que si el numero de los testigos suple la fee de los que padecen alguna excepcion, prove

ex

ex *Farin.de test. quæst. 62. num. 309. Dom. Leo decis. 40.num.6.lib.3*.que serà en donde no ay defectos que suplir?

72 Tampoco obsta lo que se opone contra Fr.Lucas Heredia,que por ser Religioso se quiere dezir, que no es testigo mayor de toda excepcion, singularmēte auiendo hecho su declaracion sin licencia de su Superior.

73 A que se responde,en quanto a la licencia,que consta della,como lo notò el Relator,*mem.fol.21.B.in marg*.en quāto a lo demas,no es practicable;pues antes bien,no solo pueden ser testigos, pero aun examinados sin licencia,hazē mayor fee q̃ otros, quāto en la mayor Religion se assegura mas la observancia de la verdad(q̃ es lo q̃ se pretende por los testigos)vt ex *Farin.de testib. q.61.à nu.123.ad* 134.que ex professo fundò esta verdad.

74 Ni tampo obsta la excepcion de domestico,q̃ se opone a Domingo Izquierdo;por ser ayo,ò maestro de los hijos de Iaime Dabadia.

75 Porque se responde (dexādo a parte la questiō de si los tales son domesticos de los que comprehende la dicha excepcion) que esta no tiene lugar en los testigos instrumentarios,ex *Mascardo*,qui plures refert,*conclus.533.num.29.& 30*.Y en terminos de testamentos *Cancer.var.lib.1.cap.4.de testam.num.94.D.Leo dict. decis.40.num.68.& 79.*

76 A mas,que quando todo lo dicho cessara,y la excepcion fuera de las relevantes, siendo los otros dos testigos mayores de toda excepcion, valiera el dicho testamento,etiam si el dicho Domingo Izquierdo fuera descomulgado,como *es Fuero* expressò el *9.rubric. de testam.*

77 Conque de primo ad vltimum quedan desvanecidas todas las cabilaciones con que se intenta obs-

 cu-

cũrecer la verdad del hecho, pues en la realidad al dicho testamento no le faltò otra cosa que la publicacion, y assi lo conocio la Real Audiencia de Valẽcia, por su sentencia, dando por esta causa por validos los legados pios, con estas palabras, ibi: *Hac enim earũ favore cũ probatio non deficiat, sicut quoad illa in præsenti non deficit valent, & substinentur, mem. num. 75. fol. 45.* Y lo advirtio la sentencia del Consejo, ibi: *Cuius deffectus potius solemnitatis, quã voluntatis debet in concurrente casu iudicari, etiam secundum sensum, & intellectum dictæ nostræ Regiæ Audientiæ, cum legata pia sustineri declaraverit.*

78 Sin q̃ obste lo que en cõtrario se ha querido dezir: que de la dicha sentencia de la Real Audiencia no se infiere, que el defecto de la publicacion fuesse solo de solemnidad, por quanto para que valieran los legados pios, bastava qualquier indicio de voluntad.

79 A que se responde, que aunque algunos Autores Canonistas han querido dezir, que el defecto de voluntad, no vicia los testamẽtos, ad pias causas, la comũ opinion es la contraria, *Bellug specul. Princip. rub. 17. vers. Videamus, num. 36. Viuius, decis. 13. num. 11. lib. 1.* con muchos que juntò *Farin. decis. 576. nu. 3. Rot. Rom. nouissim. part. 4.* Y sobre todos funda esta opiniõ *Frãc. Hotoman. in cons. 36.* probãdola de derecho civil, natural, Divino, y Canonico; de tal suerte, que en el *numer. 26.* dize: que no se hallarà en todo el derecho Canonico lugar que diga que se puede hazer testamento ad pias causas, sin que intervẽgan por lo menos dos, ò tres testigos: y en el *num. 32. vers. Quarto absurdum est*, dize, que la contraria es opinion soñada, y lo comprueba latissimamente.

80 Con que se convence, que la Real Audiencia cõ la comun opinion sintio, que el dicho testamento no estaua defectuoso en la voluntad, sino solo en la solemni-

ni-

nidad de la publicacion del modo que lo hemos probado en este Articulo.

ARTICVLO SEGVNDO.

Que el defecto de publicacion en nuestro testamento, es solo de solemnidad, y que no le vicia.

81 Aunque no se puede negar que la variedad de los Doctores en este punto es muy notable; pues en tres clases divididos, ofrecen abrigo a tres diversas opiniones, afirmando la vna, que el defecto de publicacion, es de voluntad, la segunda, que es solo de solemnidad, y que saltim inter liberos, & ad pias causas no vicia el testamento; y la tercera, que este defecto nequè adhuc inter extraneos le vicia.

82 La indistincion de casos con que algunos se quieren valer de ella, haze mayor la dificultad, *cũ diversorum, diuersum sit iudicium, l. Inter stipulantem, §. Sacram, ff. de verbor. obligat.*

83 Y assi para la mas facil concordia de los Doctores, è indubitable justicia de esta parte, se suponẽ tres casos à q̃ mas regularmente se reduce el modo de hazer se los testamentos, vulgarmente llamados in scriptis; y en la realidad nuncupativos, reducidos a publica escritura.

84 El primero caso es, quando turbada la fragilidad humana entre los conflictos de la muerte, flaca ya la memoria, el testador por si, ò por interpuesta persona regula, y escrive la forma de su dispocion; para que despues de premeditado todo con madurez, convocados el Notario, y testigos, aquel lo lea, y recite en presencia de estos, y el testador lo apruebe, *text. in l. Hac consultissima, §. At cum humana fragilitas, C. qui testam. facere poss.*

En

85 En cuyo caso no es dudable que el testamento ob deffectum publicationis claudica en la voluntad; y procede la opinion de *Bart. Bald. Alveric.* y *Paulo de Castr.* relati ab *Anton. Gom. in l. 3. Taur. num. 107. de Oldrad. cons. 119. Magon. decis. Lucens. 95. num. 2. & 21. & decis. 32. num. 43. Rot. Rom. in nouis. decis. 173. part. 2.* relati à *Cancer. var. cap. 4. de testam. lib. 1. num. 96.* & alij citati à *Cephal. cons. 99. num. 10. tom. 1.* qui sic loquuntur.

86 Y la razon es formal del *text. in l. fideicommis. §. quotiens, ff. de legat. 3.* ibi *Quotiens quis exemplum testamenti, praparat, & prius decedat, quam testetur*; pues no es dudable, que en este caso no se puede considerar testamento, el qual depende de la deliverada voluntad de testar, como forma sustancial suya, *Cancer. vbi proximè, num. 76.* sino solo vna preparacion, ò preambula disposicion para testar, que es el fundamento de los Doctores referidos.

87 El segundo caso (y es el mas regular de todos, como lo notò *Sforc. Odd. cons. 76. num. 6.*) es quando el testador por no ser molesto a los testigos con las dilaciones del testamento, ò tal vez para aconsejarse cō el Escrivano, entre las neutralidades de la inlegalidad, le llama a solas, y entrambos disponen, y escriven el testamento, y antes de llamar a los testigos, y publicarle muere el testador, *text. in l. Lutius Titius, ff. de milit. testament.*

88 En cuyo caso este defecto de publicacion es solo de solemnidad; y aunque vicia el testamento inter extraneos, subsiste iure militari, & inter liberos, & ad pias causas: *ita tamē, vt hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur, vt sunt verb. dict. l. Lutius Titius.* Y en estos terminos procede la segunda classe de los Doctores, relati à *Dom. Couarr. in cap. relat. 1. num. 11. Bellug. specul. Princ. rubr. 17. §. videamus, nu. 37.* à

Vazq.

Vazq. Mench. de ſucceſſ. creat. lib.2. §.14. à num.38. y los que refiere *Menoch. de præſumpt. lib.4. præſumpt. 5.n.7. Surd. deciſ.292.n.4.* & plures alij, quos longum eſſe recenſere.

89 Y ſi bien en eſtos terminos no quedò ſin controuerſia la variedad de los Doctores; pues aun en ellos parece, que los q̃ apropriamos al primer caſo ſientẽ, que el defecto de publicacion, lo es de voluntad, à quienes refiere el *ſeñor Couarr. in d. cap. relatum 1. num. 9.* ſiguiendo la contraria, in *verſ. Ego à priori ſententia non diſcedo.*

90 Ajuſtò ſu diſonancia *Menoch. d. lib.4. præſumpt.5 in fin* diziendo, que eſtos ſe pueden entender, quando *ipſe teſtator deſtinaſſet, quod ſua ipſa voluntas, & diſpoſitio publicaretur corã Notario, & teſtibus, iuxta l. fideicommiſſa, §.1. ff. delegat.3.* La razon es, porque por eſta deſtinacion dexò el teſtador perplexa la voluntad, pues aun no quiſo dexar perfecto el acto; con que aun parece que fue mas preparacion, que acto de teſtamento, que es la doctrina de *Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib.2. tit.4. n.6.* ò en el caſo que propone *Gratian. diſcept. forenſ. cap.764.n.6.*

91 Bien que aun ſin eſta conciliacion, es mas ſegura la opinion de los Doctores, que indiſtintamente afirman, que en el caſo propueſto, el defecto de publicacion es ſolo de ſolemnidad, como lo prueba *Cancer. d. cap.4. de teſtament. num.96. verſ. Ego clarius declarando.*

92 Puedeſe fundar eſta opiniõ (aun en el caſo que el teſtador muriò antes que ſe cumplieſſen todas las ſolemnidades que quiſo que ſe obſeruaſſen en ſu teſtamẽto) en la elegante doctrina de *Cephal. conſ.99. num.15.* diſtinguiẽdo dos actos de voluntad en el teſtador: Vno abſoluto, que mira à todas las partes del teſtamento in concreto; y eſte no ſe perficiona haſta concluirſe el teſ-

tamento, omnibus suis partibus, tam de iure gentium, quam ciuili: Otro dispositiuo, que mira à la institucion de heredero, y demas partes substanciales, prout de iure gentium requiritur; el qual llega à su complemento, acabada la disposicion, pendientes aun las solemnidades.

93 Con que si bien, en razon de testamento, no sea perfecto en este segundo caso, qui est quid indiuiduum, *l. furiosum, C. qui testamenta facer. poss. Et capit vires ab vltimo puncto. Doctores relat. à Menoch. lib. 4. præsumpt. 5. num. 5.* esta imperfeccion que le resulta al todo no prouiene del acto de la voluntad dispositiua, que es la voluntad que da ser al testamento, sino de la absoluta, que mira solo à las solemnidades.

94 Y que en el caso propuesto el defecto de publicacion sea solo de solemnidad, se prueba expressamente de la dicha *l. Lutius Titius, ff. de milit. testam.* en cuya especie el testador (sin interuencion de los testigos, que lo auian de ser de su testamento) dictò à su Notario dicho testamẽto; y no solo antes de publicarle, sino aun antes de acabar de escribirle el Notario muriò el testador; y sin embargo dize el Iurisconsulto Paulo, que valdrà el testamento, *si hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.*

95 Cuya decision prueba en terminos, que este defecto de publicacion no fue de voluntad, sino solo de solemnidad, porque de otra suerte no fuera necessaria tan constante prueba: y que el Derecho no dispense el defecto de la voluntad para la subsistencia del testamẽto militar, es principio de *instit. in tit. de milit. testament.* ibi: *Quoquo enim modo voluntas eius suprema inueniatur:* De suerte, que solo dispensò el modo de la prueba de la voluntad, pero no la prueba della; y asi dixo *Eguinar. Baron. in d. princip. instit.* ibi: *Dum tamen per duos testes id probetur in hoc conuocatos,* ex hac *d. l. Lutius, &* *ex l. Diuus, ff. eod.*

Y

96 Y la razon desto la diò *Oinotomo in d. princip. instit. de milit. testam num.* 15. auiendo en el antecedente explicado la *l. miles, C. de testam. milit.* ibi: *Licet enim solemnitates iuris ciuilis remisse sint, non tamen remisse sunt solemnitates iuris gentium, ideò cum de iure gẽtium, & diuino in ore duorum, stet omne verbum requiruntur ad tale testamentum militare duo testes, &c.*

97 Y se concluye del *text. in l. Diuus Trajanus, ff. de milit. testam.* sacando desta razon la mas prouida equidad, ibi: *Nec vllorum magis interest quam ipsorum, quibus ad priuilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti; alioquin nõ difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere sè bona, cui visum sit, & per hoc iudicia vera subuertuntur.* Y es en Castilla formal al caso la *l. 4. tit. 1. part. 6.* donde auiendo mencionado todos los priuilegios de la faccion de los testamentos militares, dize, ibi: *Co en qualquier destas maneras que lo èl faga, è pueda ser probado per dos homes buenos que se acertassen.*

98 Con que siendo cierto, que no pudiendo subsistir el testamento del Soldado, defectuoso de voluntad, y que subsistiò, y valiò el de la *l. Lutius Titius*, sin embargo de no auerse publicado; lo es tambien, que este defecto de publicacion no es de voluntad. Lo mismo; y por la misma razõ procede en el testamento hecho entre los hijos, que no se vicia por defecto de publicacion, vt tenent omnes Authores relati ab *Anton. de Amat. var. resolut. 90. num. 9.* y lo mismo en el testamento ad pias causas, vt omnes fatentur.

99 Cuya opinion corriente nos escusa de esforçar mas la prueba, remitiendonos à lo innumerable de los Doctores que lo afirman. Y aunque de passo, por si puede ser de importancia à la decision deste pleito, por lo que se quiere dezir de la deposicion de Fray Lucas Heredia, que el Notario no acabò de continuar el testamẽ

tõ, à que se ha dado satisfacion *supr. num. 65. y 66.* no se puede dexar de ponderar la dificultad que da en rostro in *d. l. Lutius Titius*; pues sin embargo de no auer acabado el Notario de escriuirle, dize el texto, que como se pruebe que esto passò assi, valdrà el testamento; con que el defecto parece que no es solamente de la solemnidad de publicacion, y numero de testigos, sino de voluntad; pues aun el acto de la disposicion, en lo substancial della, no estaua consumado.

100 Y ponderando solo la doctrina de *Bald. in hoc text.* se supone, que de dos maneras puede vno declarar al Notario lo que quiere que escriua: La vna, dictandole assi como va escriuiendo: La otra, diziendole de vna vez todo lo que tiene que dictarle, para que de otra lo escriua: De que resulta, q̄ en el primer caso no està perfecto el acto del que dispone, ni para si, en quanto disponente, ni para el Notario, en quanto escriue, hasta que toda la escritura queda acabada: Pero en el segundo, como el disponente, antes de empeçar à escriuir el Notario, ya tiene declarada toda su voluntad; para èl, aun antes que el Notario la acabe de escriuir, ya el acto està perfecto, aunque no lo estè para el Notario.

101 Dize pues aora Baldo en este texto, respondiendo à otros, ibi: *Quia ibi testator non dictauerat, sed dicebat, & sic erat testamentum in fieri, non in facto esse quoad officium testantis; sed hic erat in facto esse quoad officium testãtis, licet esset in fieri quoad officium tabellionis scribentis*: Con que es constante, que en el segundo caso que hemos propuesto, el defecto de publicacion no es de voluntad, sino de solemnidad.

102 El tercero caso es, quando el testador, en presencia de los testigos, y Notario, publica su disposicion, y dicta todo su testamento; y auiendole escrito el Notario, muere el testador antes de leersele, en presencia suya, y de los testigos, en cuyos terminos indiuiduales

se

se halla nuestro testamento; pues Vrsola Clara Dabadia, en presencia de Ioseph Arcos Notario, Fray Lucas Heredia Confessor, Liceciado Izquierdo Clerigo, Melchor Boix escriuiente, y Iacinta Marco, publicò su disposicion, y dictò su testamento; el qual, el dicho Ioseph Arcos, por medio de Melchor Boix, lo escriuiò, y dispuso hasta la vltima clausula, acostumbrada *actum Valẽtiæ*; y al tiempo de querer leerle, y publicarle delante la testadora, y testigos, ya la dicha testadora estaua fuera de si; fatalidad, que para dar principio à este pleito, embaraçò el fin del testamento.

103 En cuyos terminos este defecto de publicacion, no solo no es de voluntad, sino que siendo en lo extrinseco solamente de solemnidad, no vicia el testamento. *Paulo de Castro* parece que fue el primer explorador desta verdad, y le hallo dos diferentes sendas; in *cons*.307. vbi à *num*.3. prueba, que con los mismos testigos con quienes se intentò hazer el testamento escritura publica, y que no se perficionò por el defecto de la publicacion, se podrà probar la voluntad del testador, para que subsista como testamẽto nuncupatiuo: *Quasi Notarij interuentio, tantum ad vberiorem cautelam fuerit petita; & non obstet defectus eius, quod ad vberiorem cautelem adhibetur, argum. l. testamentum, C. de testam.* que son palabras de *Cancer. variar. lib.* 1. *d. cap.* 4. *numer.* 96.

104 Cuya doctrina siguen muchos Doctores, cõforme pide la necessidad del hecho, para la subsistencia de el testamento; mas facil remedio de derecho comun, por el numero de los testigos, que le quiso igual, sino mayor, en el testamento escrito, del que quiso en el testamento nuncupatiuo, y con poca diferencia de solemnidades, como lo nota *Anton. Gom. in l.* 3. *Tauri, num.* 46.

105 Pero como en Valencia, por disposicion fo-

ral, en el testamento mere nuncupatiuo se requieren cinco testigos, quando en el escrito, por la confiança de la legalidad del Notario bastan tres; y en el nuncupatiuo se requiera cierto modo de publicacion, vt videre est apud *D. Leo decis. 40. lib. 3.* que no concurrierō en nuestro caso, non curamus de hoc medio.

106 La segunda razon de *Paulo de Castro in d. cons. à num. 1.* es dezir, que si bien parece que à la subsistencia desta escritura de testamento se opone el *text.* y la *gloss. per Bart. in §. 1. l. fideicommissa, ff. delegat. 3.* en la realidad es fauorable, por quanto puede el Iuez mandar publicar esta escritura, y hazerla solemne, como lo ha hecho el *Consejo por su Real, y Suprema sentencia.* Y Bartulo habla solo en el caso que no se hizo el instrumēto en presencia de los testigos, en cuyo caso no contiene mas que la voluntad desnuda del testador, imposibilitada de reducirse à publica forma, por falta de fee publica; y porque en el caso de *Bartulo, y del dicho texto*, en la escritura no auia aquella vltima clausula, que estaua en la que defendia Paulo de Castro, y se halla en nuestro testamento, scilicet, *actum Valentiæ*, que es demonstratiua de la perfecta voluntad del testador; y que en orden à su disposicion, no tuuo mas que dezir, *Bald. in authent. C. de testam. super intellectu d. §. quotiens, & eius gloss.* Ocasion bastante para que dicha cedula, ò escritura la tuuiesse Bartulo por imperfecta ob defectum voluntatis, sin otras razones que prosigue Paulo de Castro.

107 Deste sentir fue *Geron. Gabr. cons. 169. lib. 1.* el qual auiendo propuesto vn caso trasumpto del nuestro, en el *num. 76.* dize, ibi: *Nec quicquam refert, quod non probetur lectam fuisse illam schedulam, in qua erat consilium Iurisconsulti, quia quotiens testator ipse dictat, aut exprimit aliquid per relationem satis est, vt id faciat, præsentibus testibus rogatis, d. l. hac consultissima, §. per*

nun-

nuncupationem, C. de testam. l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. Tunc enim legi, aut lectum confirmari ab eo necesse est, cum aliquis, non dictante testatore testamentum scribit, quod ipse postea confirmet, iuxta text. in l. hæredes palam, de testam.

108 Compruebalo latissimamente *Iuan Fichar. cons. 43. num. 7. lib. 1.* ibi: *Tertium quoque oppositum nõ subsistit, nec enim de necessitate requiritur, vt testator vltimam suam voluntatem scriptis comprehensam, vel ipse prælegat, vel prælegi faciat testibus: Quod enim testamentum valeat absque eo, quod testibus prælegantur, aut manifestentur, eiusdem contenta, & quod per inde sit, si testator voluntatem suam expresse, vel implicitè per relationẽ ad certum quidam puta schedulam præsentem, & testibus monstratam (vt in nostro casu) vel etiam alio certo loco depositam declarauit. Ego per supradictum dominum Consulentem copiosè satis allegata adduco I.C. Viglium Zuichem in suis comment. in tit. de testam. §. seu paulatim, num. 13. instit. vbi retinet opinionem hanc, quæ Bart. primum fuit in l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstr. & testatur illam cæteros quoque sequi. Item Ioann. Durant. in arte test. tit. 2. cautel. 4. num. 1. Item Nicol. Vel. in cons. 89. num. 15. dicit hanc opinionem magis esse communem. Item Iul. Clar. qui in d. q. 4. eum refert, & sequitur, & rursus in q. 38. num. 2. Denique Michael Gras. in suis comm. opin. lib. 2. cap. 4. q. 26. vbi refert, & Alex. & Nat. & Ias.*

109 Con no menos numero de Autores que lo auxilian, fue deste sentir *Peregrin, decis. Patauin. 80. n. 9.* afirmando lo de mas comun opinion *in versic. Imò,* ibi: *Imò ex magis communi sententia Doctorum definitum est, quod si testator coram integro numero testium expresserit voluntatem suam, adeo vt testamentum ratione voluntatis possit videri perfectum, quamuis Notarius vocatus non publicauerit voluntatem testatoris, & interim*

rim decesserit, nihilominus testamentum per testes, qui interfuerunt probatum valebit, per text. in l. *Lutius*, ff. de *testam. milit.*

110 Y la razon es del mismo *Peregrin. cons.* 64. *num.* 7. *lib.* 1. el qual, despues de auer puesto la doctrina general del dicho §. *quotiens*, y su *gloss.* dize, ibi: *Limita tamen si testator conuocatis testibus, voluntatem suã plenè nuncupasset. Nam licet Notarius non potuisset rogitum complere, quocumque intercedente casu rogitus imperfectus, non viciaret testamentum, cuius tenor testibus idoneis probari posit, Angel. Bald. Alber. & Cuman. in l. Lutius, ff. de testam. milit. per illum text. Bart. in l. col.* 2. *ff. de testament. Paul. Castrens. cons.* 307. *in* 2. *dub. vol.* 1. *Rosell. apud Calcan. cons.* 91. *Alexand. cons.* 105. *num.* 5. *lib.* 7. *Corneus cons.* 77. *col. fin. lib.* 4. *Ruin. cons.* 1. *num.* 21. *& idem Ruin. cons.* 12. *num.* 15. *lib.* 2. *Socin. Iun. cons.* 144. *sub num.* 58. *lib.* 2. *Cephal. cons.* 294. *n.* 16. *Simon de Petris cons.* 14. *& cons.* 88. *& in suo tract. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *solut.* 1. *num.* 49. *Bertaç. cons.* 80. *per tot. & præter eos sic quoque determinauit Abb. in cap. cum P. Tabellio, n.* 4.

111 A quienes se añade à *Simon de Petris* en el *cons.* 135. en otro caso en que no se publicò el testamento, por vn accidente menos piadoso à la fatalidad del testador, prout in *num.* 23. ibi: *Septimum est efficacissimum, cum dictum testamentum F. scriptum, per Notarium non lectum, & publicatum, culpa, & causa vxoris exclamãtis, vt supradictum est, potuerit per testes probari, qui dispositionem testatoris audierunt, &c.*

112 Y se añade tambien à *Stephan. Bertrand. in cons.* 99. *vol.* 3. *num.* 5. que respondiendo à la general del dicho §. *quotiens*, y su *gloss.* dize, ibi: *Sed istud nõ obstat, quia Bart. loquitur eo casu, quo scripta fuit schedula, seu dispositio testamentaria absentibus testibus, & sic non eo casu, quo quis testatus est, sed in quo se præparauit*

ad

ad testandum, sed nos non sumus in isto casu, sed in alio, in quo dicta quondam Claudia, sub præsentia sufficientis numeri testium instituit, & nominavit suos hæredes, & ita non videtur, quoad efficaciam, seu validitatem testamentariæ dispositionis fuisse opus alia publicatione, seu recitatione facienda coram testibus, postquam dispositio huiusmodi nota erat ipsis testibus propter expressionem, & nominationem hæredum coram eis, factam per dictam testatricem. & hoc fuit satis de mente, Panormit. in cap. fin. col. fin. de fide instrumēt. & demum additur *Herman. Mayrer, in suo tract. de testament. lib, 4, cap. 4. nu. 4*; ibi: *Quin etiam si testes à primordio contestationis intersunt testatorem videntem, & loquentem, & dictantem audiunt, & tabellionem scribere cernunt, & præsentes sunt, donec tota scriptura est completa, testamentum ratũ habetur, & si non relegatur coram testibus, &c.*

113 Bien pudiera esta parte (quando consistiera en este punto solo la decision deste pleyto) assegurarse la confirmacion de la sentencia con los Autores referidos, aunque en contrario estuviera el resto de los mas; pues in iudicando en materia de testamētos no solo en caso de igual numero de Doctores se ha de atender a su subsistēcia, sino que se ha de seguir la de vno solo, como sea excelente, contra la comun de todos, vt ex *Bart.* qui hoc fundat, tenet *Iason cons. 247. n. 15. vol. 3. & cons. 13. & in l. Gallus, §. sed si is, in 2. notab. ff. de lib. & posth. Ias. in §. cum ita, num. 61. Surd.* qui hos refert, *dict. cons. 414. num. 102.*

114 Pero està tan lexos de necessitar de este refugio sin desestimarle, que no solo la dicha opinion es tan comũ como se ha visto, y tan solida como se probarà; si no que apenas se hallarà Autor que sienta lo contrario en los terminos referidos; singularmente concurriendo las circunstancias que concurren en nuestro testamento.

115 Y aunque no fuera dificultoso el comprobar esta verdad, refiriendo vno à vno los Doctores que parecen contrarios, se omite, por no obligarnos a hazer libro grande, lo que solo es breve informacion, procurãdonos desempeñar de este intento, con hazer la experiencia en vn lugar del señor Covarrubias en el *cap. Relatum, el 1. nu. 11. vers. Opportet tamen expendere*: Que sobre juzgar su autoridad por la de mas peso, es el que al parecer mas inmediatamente se opone a nuestra opinion, vt patet de su razon, ibi: *Ego tamen fateor illã esse frequentiorem sententiam, qua probatur à Doctoribus publicum Notarij instrumentum, vt fidem faciat legi oppor tere ipsis testibus, & contrahentibus postquam scriptum, sit, etiam eisdem præsentibus, & ita præter proximè citatos.*

116 Y dando otra razon de esta general, dize: No porque el defecto de publicacion sea de voluntad: *Sed* (ibi) *ob deffectum huius solemnitatisquè servanda est ob publicam vtilitatem: nempè, vt fraudes tabellionum euitentur, & vt certior sit eorum fides publica: Et ita cõmunem sententiam intelligo, quidquid alij pro eius intellectu conscripserint.*

117 De que resulta, aviendose movido el señor Covarrubias destas dos razones, para sentir que el defecto de publicacion, aun en el caso que se hallan presentes los testigos al tiempo de la disposicion del testamento, le vicia: que no concurriendo ninguna dellas en nuestro caso, nos libraremos del cõtrapeso que la parte contraria nos puede hazer con su autoridad, quia vbi cessat ratio, cessat dispositio, *l. in omni, ff. de Adopt. l. quod dictum, ff. de pact. cum vulg.*

118 Y que ninguna de entrambas cõcurra, es manifiesto; no la primera, porque en nuestro caso no se pretende que haga fee como instrumento publico el testamento de Angela Dabadia, antes de publicarse, y leerse

a los

a los testigos,que es quando procede la doctrina del señor Covarrubias , y los demas que refiere *Roman.cons. 100.num.8.* sino que no aviendose leido el testamento a los testigos,que se hallaron presentes a la disposicion en presencia de la testadora,y leyendoseles iudicialmente; conviniendo todos que lo escrito en dicho testamento es lo mismo que dispuso la testadora,el Iuez deue mandar(*como lo mando el Consejo en su Real, y Suprema sentencia*)que el dicho testamento se haga instrumento publico;desuerte,que en este caso concurren dos cosas: la vna,que el testamento no dexa de publicarse , y leerse a los testigos,como se ha visto:y la segunda,que no tiene fuerça de instrumento publico antes de essa publicacion,ni por sola la autoridad del Notario que le hizo(y de otra suerte la tuviera,si èl en presencia del testador le vbiesse publicado)sino despues della,y por la autoridad del Iuez que lo declarò assi,*Castrens. dict. cons. 307 nu. 2.vers. Puto tamen*;con que es constante que en nuestro caso no procede la primera razon de el señor Covarrubias.

119 Tampoco la segunda ex consequenti; pues con este examen de testigos cessa el engaño , y fraude que se puede recelar de los Notarios , quedando su fee publica mas assegurada:de tal suerte, que aun en caso q̃ se vbiera publicado el testamento , y se dudara de su legalidad,y verdad,no pudiera reducirse a mas rigurosa prueba,que a la deposicion de los testigos que lo comprueban.

120 Y particularmente en el Reyno de Valencia, en donde los testigos no subscriven los instrumentos, bastando la fee del Notario,que dize en el instrumento:testigos fulano,y fulano , en donde puede el Notario,despues de otorgado el instrumento,poner lo que quisiere,sin que se pueda descubrir su falsedad , sino por las deposiciones de los mismos testigos, ò probando lo

con-

contrario por otros; con que no solo cessa la dicha razon, sino que queda la fee publica de los Notarios mas afiãçada, y la verdad del testamento sin ningun riesgo: Y si todas las solemnidades se han introducido en los testamentos por el derecho civil, para que conste de la voluntad legitima del testador, *l. hac consultissima, C. qui testam. fac. poss. l. vlt. in fin. C. de fideicomis. Mantic. de coniectur. vlt. volunt. lib. 2. tit. 4. nu. 1.* claro està que no se puede dezir que faltò la publicacion del testamẽto en nuestro caso; pues se publicò, tãto con mayor seguridad de la legitima voluntad de la testadora.

121 *Razones* que vencieron el dictamen de *Ant. Gom. in l. 3. Taur. num. 108.* ibi: *Si verò fiat in scriptura publica, vel probata; & fiat publicatio, quia testes veniũt, & deponunt de voluntate, & tenore testamenti, & volũtate defuncti, tunc valeat, & teneat, tam inter extraneos, quàm inter liberos, & ad pias causas, quia cessat ratio superior, & non deficit testamentum ex deffectu voluntatis, nequè solemnitatis, & hoc teneo pro firmo, & æquo.*

122 Siendo assi, que *Antonio Gomez* en el *numero antecedente*, en el mismo caso del *señor Covarruuias*, no solo sintio que el defecto de publicacion era de solẽnidad, sino que lo es de voluntad; y que vicia el testamento, adhuc inter liberos; & ad pias causas, fundado en la misma razon, ibi: *Cuius ratio potissima est secundum DD. vbi supra, quia si instrumentum, vel scriptura, non legatur, potest aliud continere, quàm testator dixit.*

123 Con que no es dudable que el *señor Covarruvias* no hablò en nuestro caso, y q̃ si le previniera, fuera del sentir de Antonio Gomez, tanto mejor, quanto en el de defecto de publicacion sintio mas benignamente en favor del testamento, dandole valor, saltim inter liberos, & ad pias causas.

Otra

124 Otra razon haze mas irrefragable esta doctrina de *Antonio Gomez*; y es, que como la voz de los testigos que deponen de la verdad que cōtiene el instrumento, suplen todos sus defectos de solemnidad, vt dicebat *Bald. in l. vlt. num. 12. vers. Quæro pone, C. de fideicōmis.* quem sequitur *Mascard. de probat. concl. 809. num. 2.* poco importa que no se publicara el testamento, si la voz de los testigos que convienen que lo contenido en èl es lo dispuesto por la testadora, acredita su verdad.

125 Hallase asimismo en nuestro testamento otra circunstancia, por la qual el defecto de publicaciō no le vicia, aviēdose hallado los testigos presentes al tiēpo de la disposicion; y es aquella vltima clausula puesta en el, ibi: *Actum Valētiæ*, de tāta eficacia, que *Mascard. in conclus.* 1353. *libr.* 3. aviendo propuesto el caso de el *señor Covarrub. num.* 82. y seguidole por su misma razon, limita su doctrina en el *num.* 83. ibi: *Sed & si testes perfecte, & expresse voluntatem testatoris intellexerint, & apposita sit clausula in testamento actum, &c. Ex quo appareat perfectum esse testamentum, licet non sit lectum testibus, & testatori in fine ipsius instrumenti testamentum tamen probabitur, vt scribit Castrens. cons. 32. num. 2.*

126 Y la razon es clara, porque por la dicha clausula *actum Valentia*, se denotò la perfeccion del acto, en quanto a la voluntad de la testadora, vt afirmant plures DD. relati à *Cæsar. Barç. decis. 39. nu. 3.* De tal suerte, que en caso que no conste de las demas solemnidades, por dicha clausula se presume aver intervenido, vt ex ipso *Barç.* tenet *Sese decis. 377. numer.* 12. & plenius *Mantica de coniectur. vltim. volunt. dict. libr. 2. tit. 4. n. fin.* Y por la intervenciō de los testigos al tiēpo de la disposicion, se suple la publicacion; pues por ellos se puede probar la verdad de lo contenido en el instrumento, para cuya seguridad se introduxo la publicacion.

127 Ni *Bellug.*(que por ser Autor Valenciano, y de tanto credito, merece individual satisfaciō) *in rubr.* 17. *verſ. Videamus*, hablò en nuestro caso; pues en el que propone; aunque se hizo el testamento con intervencion del Notario, no con la asistencia de los testigos, vt patet in *numer.* 35. que es donde propone la question, ibi: *Sed pone casum mihi de facto contingentē, mulier quædam suum ordinavit testamentum in præsentia notarij, vbi erant multa pia legata annua hæredi relicta, & aliqua profana; antequam publicaretur, moritur, &c.* y assi nihil mirum, que dixera que no vale el testamento, nisi quoad pia legata, vt in *num.* 37. que es la comun de los DD. referidos en el segundo caso que hemos propuesto, en cuyos terminos no se halla este.

128 Con que parece que queda llano, que quādo el testador en presencia de los testigos dicta al Notario toda su voluntad, y este la escrive hasta la iudici clausula, *Actum, &c.* si despues se comprueba que dictalmente, por las deposiciones de los testigos la escritura del Notario; y por ellas consta ser lo contenido en ella lo mismo que dispuso el testador, que vale el testamento, aunque no se lea, y publique en presencia del testador.

129 Pero por descubrir todos los fondos a la verdad, y legales principios a esta opinion, es preciso discurrir los fundamentos della: Y porque el defecto de publicacion recibe mas, ò menos gravedad, por la naturaleza del acto en que se omitiò, como accessoria dél: *ex regul. accessorium* 46. *de reg. iur. in* 6. para su conocimiē to se supone, que los testamentos son tan favorecidos del derecho, para vltimo consuelo de los que se mueren, que la ley de las doze tablas les diò tales ensanches, que dixo: *vti quisque suæ rei legasset, ita ius esto*, *l.* 120. *ff. de verb. signific.*

130 Y el fin principal de averse introducido en ellos

tan-

tantas solemnidades, assi por la equidad del Pretor, como por la benignidad de las constituciones de los Emperadores, *§. sed cum paulatim. instit. de testam. ordin. & ibi omnes institut.* no fue por dificultar el modo de su disposicion, sino para evitar los fraudes, que se solian cometer contra la voluntad de los que ya no podian desmentir el engaño, y para que los vltimos elogios tuviessen devido efecto, *§. sed his omnibus, instit. eod. tit. & ibi instit.* y por esso el derecho, en todas las ocasiones que premeditò los testamentos, fuera de este riesgo, desestimò las dichas solemnidades; vt patet en los testamentos hechos entre los hijos, y para obras pias, prove laté *Cardin. Zavarel. cons.* 149. *num.* 5. que como cõste de la voluntad, subsisten sin intervencion de ninguna solemnidad, *vt passim Doctores.* Lo mismo en el testamento hecho en presencia del Principe, que no necessita de ninguna solemnidad, ni de otro testigo, *leg. omnium, C. de testament. Card. Bellamer. cons.* 1. *nu.* 36. *Menoch. cons.* 423 *num.* 13. *lib.* 5. *l.* 5. *in fin. tit.* 1. *par.* 6. y lo mismo en el testamẽto *apud acta iudicis*, segun el mismo *Bellam. dict. num.* 36. *vers. Secundo quaritur, Bart. Bald. & Castrens. in dict. l. omniũ, C. de testam. Herman. Mayrer, de testam. lib.* 4. *tit.* 5. *num.* 19. Y la razon es, porque siempre que con evidencia consta de la voluntad del testador, no deve defraudar su disposicion el defecto de la solemnidad, que se introduxo en su favor, *l. quod favore* 6. *C. de legib.* y lo dixo el dicho *Bellamer. dict. cons.* 1. *num.* 30. *prop. fin.* ibi: *Sed ex quo de veritate constat, debet cessare subtilitas, §. fin. instit. de fideicommiss. hæredit.*

131 En tanto grado no quiso el derecho dificultar las vltimas disposiciones de los hombres, que no solo en el caso en que consta de la verdad retirò el embaraço de las solemnidades, *vt dictum est*; sino que en qualquiera lance de necessidad perdonò dellas, lo que la dificul-

culta,vt patet. Lo primero, pues ſiendo aſsi, que el numero de los teſtigos es de forma del teſtamento, q̄ no ſe puede omitir, *l.ſi vnus,C.de teſtam.* en tiempo de peſte valen los teſtamentos ſin el dicho numero de teſtigos, *Bald.in l.fin.C.de teſtam.Decio conſ.*284 *per tot.* que dize que es comun opinion, *Pariſ.conſ.*33.*num.*24.*vol.*2.*Roland.conſ.*30.*num.*21.*vol.*3.*& communiter DD.* aunque a eſte ſentir haze notable repugnancia el text. *in l.caſus,C.de teſtam.*

132 Lo ſegundo, porque aſsimiſmo es de forma, y ſolemnidad, que el teſtamento ſe haga vnico contextu, & ſine intervallo, *l.cum antiquitas, vbi omnes, C.de teſtam.* y ſin embargo, ſi ocurre alguna neceſsidad que interrumpa el acto del teſtamento, ora ſea del teſtador, ora de los teſtigos; tal intervalo no vicia el teſtamento, *d.l.caſus,C.de teſtam.& ibi DD.Pariſ.conſ.*33.*nu.*38.*vol.*2.*Roland.dict.conſ.*30.*num.*19.

133 Lo tercero, porque ſiendo aſsi, que de forma del teſtamento es tambien que los teſtigos vean al teſtador, para evitar la falſedad, de que pudiera vno ſuponer, y fingir ſu voz, *vt notant omnes in l.ſi non ſpeciali, C.de teſtam.* eſta ſolemnidad ſe puede relaxar, como es de ver en el caſo que propone *Pariſ.conſ.*33.*n.*36.*vol.*2.*& refert Roland.d.conſ.*30.*num.*20.

134 Lo quarto, en nueſtros terminos de publicacion, quando por el receſſo de vn teſtigo no puede publicarſe el teſtamento, eſte defecto no le vicia, *Ancharran.conſ.*337.quem ſequitur *Pariſ.conſ.*32.*num.*15.*lib.*2.*Roland.conſ.*81.*num.*39.*vol.*1.*Menchac.de ſucceſ.creation.libr.*2.§.14.*requiſit.*10.*nu.*41. y otros que ſe pudieran juntar.

135 Porque tanto favoreciò el derecho las vltimas voluntades, que porque no perezcan, aun los preceptos que no puedē ſubſiſtir de derecho, logran ſu efecto, *l.mulier,§.ſi quis,ff.de condition.inſtitut. & ibi plene*

Accurſ.

Accurſ.in l.fin ff.de reb.eor. & refert latè *Franc.de Petris conſ.49.à n.14. & Feſt. Lect.lib.2.cap.7.*

136 Eſto ſupueſto, publicarſe el teſtamẽto tiene dos inteligencias: La vna, es con la propiedad del verbo *Publicare*, qué es palam facere de actu geſtu, prout ex *l. Sed ſi pupillus, §. præſcribere, ff de tribut.* dixit *Roland.conſ.8.num.23.lib.3.* La otra es, aliquid in publica documenta redigere ad finem, & effectum, vt tali inſtrumento fides adhibeatur, etiam ſi teſtes moriantur, *Bart.in l. Geſta, circa princip.C.de re iudic.poſt gloſ. 16. vt tradit Iaſon.in l.publicati, nu.3. C. de teſtament.* La publicacion de que ſe duda, no es eſta ſegunda, aũque es mas propia del caſo, *Roland.conſ.36.num.9.lib.1.* porque oy ſolo ſe trata, ſi por no aver leido el Notario el teſtamẽto a los teſtigos dexarà de ponerſe en forma que haga fee; eſto es, hazerſe la ſegunda publicacion: con que es ſin duda, que nos hallamos en terminos del primer modo de publicacion.

137 De lo qual ſe infiere, que aviendo la teſtadora dicho toda ſu diſpoſicion publicamẽte, en preſencia de los teſtigos, y Notario, quedò ya publicada, y no fue neceſſario que el Notario bolviera a publicarla; antes bien fuera la repeticion ſuperflua, porque lo que ya ſe ſabe, no neceſsita de nueva demõſtracion, vt elegãter *Marc. Mantua inter reſp.Tiber.Decian.reſponſ.8.nu. 229.lib.1.ex l.1 ff.de dot.præleg.*

138 Lo vno, porque eſta publicaciõ de la boca de la teſtadora, es de tanta mas autoridad, que en los teſtamentos nuncupativos ſe remitierõ las ſolemnidades, porque los teſtigos deponen, que oyerõ de la boca del teſtador toda ſu diſpoſicion, *Alexand.conſ. 107.nu.8. lib.7.* ibi: *Non obſtat dum dicitur, quod ſequeretur abſurdum, & inconveniens, quia reſpondeo: Quod potentior eſt probatio, quæ fit de teſtamento nuncupativo, quia illud deponunt perfectè ſe audiviſſe voluntatem teſtatoris*

ris ab eo specifice expressam: & ideo in testamento nuncupativo, non requiruntur tot solemnitates subscriptiones, quæ sigilla, & ita Paul. Castrens cons. 366. in fin. Bart. Socin. cons. 92. col. 9. vol. 3. Y lo mas que contra esto se pudiera alegar para dezir, que la publicacion se requiere que sea por el mismo Escrivano, es por el estilo: Y se responde, que esto fuera omission de solemnidad leve, que no deve viciar el testamẽto, como en terminos de publicacion *Cephal. cons. 35. n. 50. tom. 1. Bald. in rubr. C. de succes. edic. Aldrobrand. cons. 84. n. 52. vol. 1.* y es el texto expresso, *in l. quoniam 15. C. de testament.* ibi: *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas: & iudicia mortuorum placuit ad emptis his quorum imaginarius usus est, &c.*

139 Lo otro, porque siempre q̃ algun acto, ò cõdicion se introduce para cierto fin, nõ curatur de modo dummodo sequatur effectus, *l. si mater 6. de instit. & substit. DD. in l. Gallus, §. & quid si tantum ff. de liber. & posth. facit, l. fin. § omnem, C. de administr. tut. & ibi Bald. & in l. legitimos, in princip. ff. de legit. tutor.* Y la razon es, porque todas las disposiciones que miran à cierto efecto, se puedẽ cumplir por equipolẽtes, *Bart. & cæteri, in dict. §. & quid si tantum, Crauet. de antiq. temp. 1. par. n. 246. Paris. cons. 9. n. 16. lib. 3.* Y en terminos de publicacion *Aldrobrand. cons. 64. n. 20. lib. 1.* Y en terminos de solemnidad *Corset. in suo Singul. verb. Pupillus,* quem sequitur *Simoncell. de decret. in procem. n. 45.* lo qual en materia de testamento no tiene duda, ex eâ quæ tradit *Ioann. Crot. cõs. 150. lib. 2. n. 51. & 62.*

140 Y aunque a esta doctrina parece que se opone *Cancer. d. cap. 4. de testam. n. 117.* hablò de las solemnidades formales, y de essas solo de la institucion de heredero, vt tenet ipse ibidem; y es eficacissimo el argumẽto de *Paris. cons. 33. lib. 2. num. 34.* cuyas palabras desempeñaràn mas vivamente el intento, ibi: *Nec præter*

eo

eo, ad casum nostrum bene facere illud, quod vult, l. haredes palam in princip. ff. de testamet. l. iuvemus, C. eodem, vbi lex requirit pro forma, quod testator proprio ore nominet personam haredis, & tamen sufficit hoc fieri in equipollenti, si notarius, seu tertius nominat coram testibus, testatore approbante, secund. gloss. & DD. in dict. l. iuvemus, & istud ex alio non procedit, nisi cum forma est constituta ad aliquem certũ finem, potest adimpleri in equipollenti, dũmodo quod ille finis sequatur, vt habetur per Bald. in l. si duo patroni, §. si quis iuraverit, col. 2. ff. de iur. iurand. & per Bart. & cõmun. DD. in l. Gallus, §. & quid si tantũ, ff. de liber. & posth. &c. Pues si lo que el derecho requiere por forma en el testamento, se puede cũplir por equipolente; quanto mejor se suplira en vna solemnidad tan leve, y tan extrinseca?

141 A màs, que en caso de necessidad, las solẽnidades, aunque sean sustanciales del acto, pueden cumplirse por equipolentes, vt ex *Alexand. Iason. Paris. & Anchartan. tradit Roland. cons. 81. nu. 39. vol. 1.* Y en nuestro caso, no solo fue necessario, sino preciso; pues el no bolver a publicar el Notario la vltima voluntad de la testadora, fue por la fatalidad de la muerte que sobrevino.

142 Lo otro, porque en rigor, segun la difiniciõ de la publicacion, en nuestro caso no podia el Notario publicar la voluntad de la testadora, porque ya estava publicada por la boca della misma: y lo mas q̃ con leer la podia conseguir, era perficionar el acto, por no aver le hecho quien devia; y este defecto es de solemnidad levissima, vt ex multis tradit *Roland. cons. 73. num. 21. lib. 2.* con que no puede viciar el testamento, vt suprà *num. 36. in fin.*

143 Y aunque el señor Covarrub. y Antonio Gomez, en los lugares citados, quisieron dar otro efecto a la publicacion, que no se puede lograr, sino por la lectu

ra

rã del testamento por el Escrivano,que es,que reconoz can los testigos si concuerda cõ lo dispuesto por el testador:parece que no es fundamental;pues si esto es para evitar el fraude que puede cometer el Escrivano, cõ no saber los dichos testigos lo que ha escrito,no se evita;pues pudiera,à querer proceder cõ cautela,tener escrita vna cosa,y leer otra:y para evitar esto,avia de hazerse esta publicaciõ,entregãdo a cada vno de los testigos el testamento,y ver ocularmente si concordava con lo dispuesto;pero nada desto es necessario, porque la ley fia mucho de la legalidad de los Escrivanos, *Alexand.cons.73.num.7.libr.1.Socin.Iun.cons.147.num. 7.cum sequẽt.lib.2.Cin.in l.Senium,C.qui testam.facer. pos.* A mas,qua auiendose recibido las declaraciones de los testigos,y Notario,y ver que concordavan con el dicho testamento,como se hizo,se supliò este defecto, quando lo fuera,como lo dixo el mismo Antonio Gomez loco citat.

144 Ni obstaria si a la publicaciõ se le quisiesse dar otro efecto,que es,que por ella el testador ratifique lo hecho;lo qual en nuestro caso no se pudo cũplir, pues la muerte no diò lugar a la publicaciõ. Porque se satisfaze,que esto fuera contra el sentir de todos los Doctores en nuestro caso,porq̃ la ratificacion quando es necessaria para la valididad del acto,es preciso que supon ga imperfeccion de la voluntad:y como en nuestro caso todos concuerdan que no ay imperfeccion de la voluntad,porque ex eo que deliberadamente,y con palabras dispositiuas dispuso su testameuto, no ay imperfeccion de voluntad,vt latè *Cancer.loco citato, nu. 96.* de aqui es,que la publicacion no puede considerarse en orden a esse fin.

145 Pero bolviendo a la publicaciõ,y lo leve della;àpenas se hallarà acto en que sea necessaria,que no sientan los Doctores que puede cumplirse por equipolen-

lente: y sea el primero la publicaciõ de los testigos, que omitida, induce nulidad en el processo: y sin embargo, si los testigos deponen delante de las partes, no es necessaria la publicacion, vt probat *Marant. in sua prax. part.6. de process. publication. n.7.*

146 El segundo es, en las resignaciones de los beneficios; en las quales, para euitar los fraudes q̃ por ignorarse se hazian, ex regul. Eugen. Pap. q̃ con pena de nulidad estableciò q̃ se publicaran ad valuas Ecclesiæ illius: y sin embargo, quando la resignacion es publica, y por otro medio se logra el efecto de la publicacion, no se anula la resignacion, como cumplida aquella solemnidad por equipolente, *Vvanes. cons.258. n.9. lib.1.*

147 El tercer caso es, en las elecciones que no valen sin publicarse, *cap. quia propter, & cap. publicatio, de electione.* Y sin embargo desta regla general, vna eleccion de Cardenal, que no se publicò, prout videre est apud *Tiber. Decian. respons.8. vol.1.* la defendiò el mismo Deciano, haziendo distincion entre la publicacion que se haze entre los mismos eligentes; y esta dize, que es la substancial de la eleccion: y la otra, la que se haze al pueblo; y esta, aunque es necessaria para que no se diga la eleccion oculta; reprobada, ex *cap. quia propter, §. electiones, de election.* no es substancial de la eleccion; y assi, aunque falte esta segunda en el modo, como se logrò el efecto, no vicia la eleccion: y lo mismo dize Deziano que se entiende en las publicaciones de testamentos, y contratos, *à num.84. ad 89.*

148 El quarto, es en mucho mas rigurosos terminos; pues es en caso de vn decreto, y que el Principe quiso que fuera registrado; calidad, que omitida, no le dexa cobrar fuerças para que obligue, *Angel. post Bart. in l. 2. §. diem, ff. quemadmod. testam. aperiant. Tiraquel. de retract. consanguinit. §. 8. gloss. 7.* Y cõ todo esso defiende *Cephal. cons. 35. lib. 1.* que esta publicacion puede

M cum-

cumplirse por equipolente, por la razon dicha, quam tradit *num.46.*ibi: *Vbicumque enim dispositio considerat effectum, sufficit, vt per equipollens adimpleatur, & per eundem Bart. & cæteri, d. §. & quid si tantum, Crauet. de antiquitat. tempor. 1. part. num. 246. Paris. cons. 9. num. 26. lib. 3.*

149 Pues si en todos estos casos, donde la piedad del Derecho es el rigor de la obseruancia, la solemnidad de publicacion sienten los DD. que se puede cumplir por equipolente: Con quanta mas razon se cumplirà en nuestro caso, donde el Derecho anduuo tan benigno, que no solo en los casos donde cessa la razon de las solemnidades las perdonò, sino que para dar logro à las vltimas voluntades, atropellò los principios del Derecho, como està probado en los numeros antecedentes? Y se añade (aunque parezca repetir lo dicho) que como consta de lo actuado, todos los testigos oyeron de la boca de la misma testadora toda su disposicion, *supra num. 5.* que el Notario la reglò, y perficionò hasta la vltima clausula, *Actum Valentiæ, supr num. 4.* que se recibiò informacion de la verdad, presentandose la dicha escritura de testamento, y recibiendose la declaracion de los testigos, y Notario ante el Iusticia de las causas ciuiles, según estilo de aquel Tribunal, *supr. n. 7.* y que la testadora tenia premeditado, muchos dias antes, è inmediatamente al acto del testar, este modo de disposicion; y que este dictamen nacia de cariño, y voluntad, declarada en muchas ocasiones; de obligacion politica, y natural, por los beneficios recibidos con las puntuales assistencias de vna enfadosa, y prolixa enfermedad; y ciuil, por ser casi toda su hazienda dotal, y hallarse en Iaime Dabadia el derecho de dotador, como heredero de su padre, y tener razones de desestimaciõ, ò estrañeza con la parte contraria, como consta *supr. à num. 9. vsque ad 13.*

Con

150 Con que se haze constante, que el defecto de publicacion no debe embaraçar la valididad del testamento, por auerse cumplido por equipolente, y mas constando tan exuberantemente ser esta la voluntad de la testadora, ex doctrina *Ioann. Ign. in l. 3. §. aperire, ff. ad Sillanian. num. 33.* ibi: *Cum in plerisque, vt dictum est perfecta voluntas propter solemnitatis omissionem, non impediatur, neque eius executio, vbi clarè de voluntate constat, l. fin. ff. de reb. eor. l. 1. C. de fideicommiss. vide Bart. in l. 1. §. sufficit, ff. de bonor. possess. secund. tab.*

151 Y mas, quando por costumbre de casi todo el Orbe, en los testamentos no se obserua la forma del Derecho Romano, etiam inter extraneos, porque està reducida à la sencillez del derecho de las gentes, como se obseruaua en los testamentos militares, *Præses Viglius ad tit. instit. de militari testam. n. 9. & ad tit. de testam. ordin.* De tal suerte, que en las mas partes basta la assistencia del Parroco, ò Notario, y de dos, ò tres testigos: De manera, que mas se mira à que conste de la voluntad, que no à la obseruancia de las solemnidades, *cap. cum esses, de testam.* y lo notò *Petrus Gudelin. de iure nouiss. lib. 2. cap. 5. in princip.*

152 Lo qual procede singularmente quando no se halla otro testamento, como en nuestro caso, ex doctrina omnium DD, relati à *Cancer. lib. 1. variar. cap. 4. num.* 81. & latissimè *Domin. Leo dict. decis. 40. à num.* 120. *ad* 124. por el fauor que se debe à la subsistencia de los testamentos, & ne quis decedat intestatus, tan ponderable como se ha dicho *supra numer.* 112.

Que lo dicho procede especialmente en el Reyno de Valencia por disposiciones forales.

153 Sea fundamento deste Articulo el principal motiuo de la Suprema sentencia, que despues de auer reconocido en el hecho el animo deliberado de testar, con que delante del Notario, y testigos dispuso de todos sus bienes la testadora; de tal suerte, que de su parte no le quedaua mas que hazer, por auer dispuesto todo lo que quiso, y pudo, aunque atajada de la muerte; el Notario no pudo publicar la dicha disposicion; cuyo defecto en el presente caso, mas es de solemnidad, que de voluntad; y lo reconociò asi la Real Audiencia, auiẽdo declarado deber subsistir el dicho testamento en quanto à los legados pios; de cuya verdad no se puede dudar, asi por la deposicion del Notario, como de los testigos, hechas en la Corte del Iusticia Ordinario: *Eo maximè attentis foris Regni Valentiæ, in quibus amplissima testatoribus facultas disponendi, de rebus suis tributa est reiectis iuris solemnitatibus, &c.*

For. 51. rub. de test. *En axi, que elsdits testaments, codicils, ò altres darreres volũtats, per alguna manera, causa, ò raho, ò per omissio de solemnitat, no puxẽ esser anullats, furs, ò priuilegis contra azo fahcients, ò dients en alguna cosa, no contrastans, &c.*

154 Cuyo motiuo se funda principalmente en el *fuero 51. rubr. de testamentis*, ibi: *Con tal, que los dichos testamentos, codicilos, ò otras vltimas voluntades, por alna manera, causa, ò razon, ò por omission de solemnidad, no puedan anularse fueros, ò priuilegios contra esto hazientes, ò dizientes, no contrastando.*

155 De que resulta claramente, que quando cessara todo lo dicho en el Articulo antecedente, quedandonos en el hecho del pleito, del modo que passò, y se contiene en la sentencia: y queriendo aun dezir, que en este caso, el no auerse leido el testamento por el Notario antes de morir la testadora, le hizo defectuoso de la solemnidad de publicacion; este defecto no debe viciar

ciar

citar el testamento por el dicho Fuero, por el qual se deve determinar esta causa, *quia vbi statutum habemus, non est vlterius investigandum*, vt dicit *Bald. in l. Gallus, §. si eius, in 2. not. ff. de liber. & posth. quem refert Decius in cons. 563. num. 7. & inanis est disputatio, vbi statuti extat decisio, Corneus cons. 109. in fin. vol. 1. Ceph. cons. 138. num. 20. Decius cons. 12. num. 2.* quos sequitur *Surd. cons. 58. n. 3. vol. 1.*

156 Y particularmente en el Reyno de Valēcia, cuyos Fueros son su derecho comun, ni permiten, ò admiten interpretacion del derecho comun, *Fuer. 3. rub. de stabilimen. Princip.* y antes bien se deve juzgar por ellos a la letra, *For. 4. in proœm. foror.* & latè *D. Leo in in respons. iur. post decis. 210. lib. 2. ad dubium 2. nu. 44. 45. 46. & 47.*

157 Contra esta disposicion de Fuero tan clara, se ha querido dezir, que el dicho *Fuero 51.* hablò de las solemnidades *extrinsecas*, y no de las *sustanciales*; y que siendo la publicacion solemnidad *sustancial*, no hablò de ella el Fuero, y por consiguiente, que no quedò remitida, ni sin dicha publicacion podrà subsistir ningun testamento.

158 A que se responde: Lo primero, que el dicho Fuero habla indistintamente de todas las solemnidades; y assi se ha de entēder, que por el defecto de ninguna, quiso que se anularan los testamentos: *quia vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, l. de pretio, ff. de public. in rem. action. cum vulgat.* y particulamente en Valencia, cuyos Fueros se han de entender a la letra; ni reciben interpretacion de las leyes del derecho comun, vt est dict. num. anteced.

159 Lo segundo, porque ò el ser sustancial vna solemnidad se quiere entender filosoficamente, y con todo su rigor, ò juridicamente, & lato modo. Lo primero, no puede ser; porque la sustancia del testamento consiste en sola la institucion de heredero, iuxta notata

per *Aretin.in l.1.ff.de testam.D.Covarr. in cap.cũ esses, de test.nu.*8. Y en esta inteligẽcia, los mismos terminos se excluyen; pues siendo solemnidad, no puede ser sustancia, ò essencia del acto; ni siendo sustanciã, puede ser solemnidad, *Alciat.lib.*1.*Paradox.cap.*16.*ipse D.Covarr.vbi prox.*

160 Lo segundo, no nos perjudica; porque en este sentido, en tanto las solemnidades son sustanciales, en quanto el acto no puede estar sin ellas, *D. Covarr. vbi proxim.* y aviendo fuero expresso, que dize, que el defecto de solemnidad, no vicia el testamento; que es lo mismo que dezir, que el acto del testamento pueda estar sin essas solemnidades, es constante, que ni en este sentidõ las solemnidades son substanciales en el Reyno de Valencia.

161 Lo tercero, porque el ser sustanciales, ò se quiere entender en quanto es necessario, que concurrã en el acto formalmente; y en esta inteligencia, aun en Castilla no son las solemnidades sustanciales, sino solo probatorias, *Vazq. Menchac.de succes.creat.*§.30. *limit.*34.*num.*51.ibi: *Sed iure Regio ad firmitatem testamenti, & eius formam, non videntur desiderari solemnia testamentorum, sed tantum ad probationẽ, text. expressus in l.*1.*tit.*2.*lib.*5.*ordinament.* en cuyo caso pueden cũplirse por equipolentes, vt ipse *Menchac.de succes.creat. lib.*2.§.12.*n.*17.

162 Lo quarto, porque ninguna solemnidad en dichos terminos puede ser mas sustancial que aquella que por fuero, ò estatuto especialmente se requiere en el acto: y siendo assi, que en el testamento, escrito de la mano del testador, por el *Fuero* 18.*rub.de testam.* se requiere que estè sellado con su sello; y sin embargo de faltarle esta solemnidad a vn testamento, por el dicho *Fuero* 51. que excluye las solemnidades, se declarò en Valencia dever subsistir el dicho testamẽto, *Dom. Leo*

decis.

decis.32.num.25.lib.1. Luego el dicho *Fuero 51*. se ha de entender tanto de las solemnidades substanciales, como de las extrinsecas.

163 Lo quinto, porque la solemnidad de la publicacion es extrinseça, luego està en nuestro favor la distincion; que sea extrinseca, patet tanto por sus efectos, como por su essencia: Por sus efectos, porque siendo cierto, que las solemnidades extrinsecas non præsumuntur intervenisse, *Gratian.discep.forens.cap.268.nu.9*.& latè *Menoch.de præsumpt.lib.3.præsumpt.132.per tot.* Y siendo tambien cierto, que la publicacion en los testamentos nõ præsumitur, nisi probetur intervenisse, *vt ex alijs Ramon.cons.100. num. 8. in med.* se sigue, que la dicha publicacion es extrinseca.

164 Por su essencia, porque extrinseco es, segun lo difinio *Menoch.dict.præsumpt.132.num.3.ex Alveric. Quid facti separati ab eo actu cui adhibetur, vnde ex vno ad aliud non infertur, & vno posito, non ponitur aliud*: luego la publicacion que no es mas que *palam facere de actu gesto* (vt iam est dictum) es solemnidad extrinseca; pues es *quid facti*, consistiendo en la leccion, ò narraciõ q̃ del acto haze el Notario, tã separada del acto *cui adhibetur*, que antes le supone hecho, y q̃ puede estar lo vno tan sin lo otro, q̃ puede aver testamẽto sin publicacion.

165 Lo sexto, porque en nuestro caso este *Fuero 51*. para la comprobacion del dicho motivo de la suprema sentencia, se haze mas llano del *Fuero 8. rubr. eod. tit. de testam.* por el qual se dispone, que por sutileças de derecho, ni fuero no se anulen los testamentos, ibi: *Novissimè ne testamenta, & vltimæ voluntates per subtilitates iuris, & fori, in Reipublicæ dispendium evidens annullentur, &c.* y lo mismo dize el *Fuero 9.*

166 Porque en nuestro caso, que el defecto de la publicacion solo consiste en el modo, y no en la sustã-

cia;

cia; pues en quanto a los efectos de la publicacion se consiguieron entrambos por equipolente, sin aver mas diferencia que hazerse publica la disposicion por la misma testadora, aviendo de publicarla el Notario, y contestar la escritura de essa disposicion iudicialmēte, quando bastava la lectura del Notario; no es dudable, que esse defecto, solamente es sutileza de derecho.

167 Y con singular providencia en el Reyno de Valēcia se dispuso, que los testamentos, que quisieron los Fueros que se observassen, secundum bonum, & æquū reiectis solemnitatibus, vt est dictum, no se anulassen por sutilezas de derecho, ni de Fuero; conociendo, que en estos terminos, baxo el pretexto, y la autoridad del derecho, suele errarse las mas vezes perniciosamente, como es texto formal la *l. si servum*, *§. sequitur*, *ff. de verb. oblig.* ibi: *Esse hanc quæstionem ex bono, & æquo in quo genere plerumquè sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erratur.*

168 Lo septimo, porque en nuestro caso esta publicacion por Fueros de Valencia, non est inducta adhuc, por forma probatoria; con que basta lo que passò, para que subsista el testamento, & patet ex *Foro 7. ead. rubr. de testam.* en el qual, dando forma de hazer los testamentos, dize, ibi: *El que querrà hazer testamento, llame, ò pida tres, ò quatro testigos convenientes, y Escrivano publico; los quales presentes, vientes, y oyentes ordene sus cosas, y aquella vltima voluntad suya tenga firmeza:* Luego aviendo concurrido en nuestro caso todas estas circunstancias del Fuero, no ay razon porque dexe de valer el testamento.

For. 7. rubr. de test. *Qui volrra fer testament appell, ò deman tres, ò quatre testimonis cōuinents, Escriuà public; los quals presents, vehents, è oents, orden les sues coses, è aquella darrera voluntat sua haya fermetat.*

169 Finalmente, quando todo cessara, y por disposicion de Fuero se requiriera la publicacion en el testamento, constando tan claramente de la voluntad de la testadora, cuya disposicion no tiene otra imperfeciō

pa-

para ser testamento legal, y juridicō: Y auiendo acaecido esta imperfeccion, no por culpa de la testadora, sino por fatalidad de la muerte, que todo lo turbò, debiera subsistir el dicho testamento, como se decidiò en la Audiencia de Aragon, tan zelosa de la obseruancia de sus fueros, vt tradit *Dom. Sesse decis.* 420. *per tot.* Y en el *n.* 12. dize, ibi: *Non etiam videtur obstare instrumēto, quod solemnitas subscriptionum à foro requisita tempore actus non interueniret sed multò post, mortuo iam testatore, quoniam satis durum, & plenè inhumanum videtur decedētis voluntatem alioqui perfectam, & de cuius voluntate nullatenus dubitatur, propterea euertere, quod in puncto requisito solemnitas, non fuerit adimpleta, cum fato, & Dei secreto iudicio, propter subitam, & inopinatam testatoris mortem, quæ omnia turbauit, & impeditus fuerit Notarius sine aliqua eius, aut alterius culpa, tunc solemnia subscriptionum adimplere, &c.*

170 No es menos ponderable la *decis.* 56. del mismo *Sesse*, citada *supr. n.* 51. en la qual Miguel de Vlleta, hallandose grauemente enfermo, quiso hazer testamēto, reuocando otro que tenia hecho; y conuocados Notario, y testigos, dixo toda su disposicion; y auiendola escrito el Notario, le dixo al testador, que firmara dicho testamento; en cuya ocasiō el testador empeçò à mostrarse furioso, de tal suerte, que no quiso firmar el testamento: Y sin embargo, que esta solemnidad de la firma del testador es de fuero necessaria en dicho Reyno, el Notario hizo, que dos testigos testamentarios firmarā por el dicho testador, con la nota de su furor; cō lo qual autenticò el dicho testamento, y se declarò ser valido, y legal.

171 Con que no es de fundamento el argumento que se haze del *fuero* 7. puesto à la letra *num.* 167. para probar, que por el 51. no se dispensaron en Valencia las solemnidades substanciales, sino solo las extrinse-

cas, diziendo, que estando dispuesto por dicho *fuero 7.* que en los testamentos ayan de interuenir tres, ò quatro testigos, jamàs en Valencia ha subsistido ningun testamento sin este numero de testigos, sin embargo del *fuero 51.* lo qual no puede ser, por otra razon, sino porq̃ el dicho numero de testigos es solemnidad substancial; y assi, que se ha de entender lo mismo de la publicacion, ex identitate rationis.

172 Porque se responde: Lo vno, que quando fuera cierto el argumento, no es aplicable à la solemnidad de publicacion tan extrinseca, como està probado desde el num. 162.

173 Lo otro, que la solemnidad de los testigos, del modo que se requiere en el dicho *fuero 7.* y se obserua en Valencia, mas es solemnidad de Derecho Diuino, y de las gentes, que no de Derecho Ciuil; y assi nil mirũ, que esta solemnidad no quede derogada por el *fuero 51.* que solo mirò à que la prolixa sutileça de Derecho, ni fuero no frustrara las vltimas volũtades de sus Regnicolas, cuya razon la diò el *fuero* 8. puesto à la letra supra num. 164.

174 Y que la solemnidad de los testigos que se requiere en dicho *fuero 7.* y se obserua en Valencia sea mas de Derecho Diuino, y de las gentes, que no de Derecho Ciuil, es llano; porque lo que en orden à dichos testaigos se dispone en dicho fuero es, que para valididad delos testamentos interuengan tres, ò quatro testigos; y lo que se obserua en Valencia, en virtud desta disiuntiua es, que bastan tres; los quales, para prueba de qualquiera acto, se requieren de Derecho Diuino, iuxta illud *Matth. cap.* 18. *In ore duorum, vel trium, stat omne verbum, cap. cum esses, de testam.* taliter, que con menos numero no se dà credito alguno. *Deuteronom. cap.* 17. *& cap.* 19. *Francisc. Othom. cons.* 36. *num.* 24. Con que constando, que de Derecho Diuino auia ya testamen-

mentos, segun lo de *Isaias cap.38.* quando dixo al Rey Ezechias: *Dispone domui tuæ, quia morieris*; no es dudable, que esta solemnidad es de Derecho Diuino.

175 Y que lo sea de Derecho de las gentes, testantur *instit. in princip. de ordin. testam.* & dixit ille, rerum principia indagator, *Vacon. à Vacun. declarat. iur. declarat. 16. num. 1.* donde no solo quiere deriuar el principio de los testamentos del Derecho de las gentes, con la comun de los DD. sino tambien del Derecho natural, ibi: *Non tamen negandum est, etiam iure naturæ hominum, huiusmodi testamentum rude fuisse, cum & dominia, & res proprias eo iure fuisse probatum sit, in quo quidem testamento, duo, aut tres, sufficiebant testes, &c.*

176 Por lo qual, el testamento del Soldado, que vale sin ninguna solemnidad, no se escusa de la de dos, ò tres testigos, vt supra num. 96. que es la forma probatoria del Derecho de las gentes, vt testatur *Petrus Guidelin. vbi supra num.* 15 ibi: *Sciendum est mores nostros, & omnium fere populorum hodie, procul à iure ciuili Romano recessisse in forma condendorum testamentorum, etiam inter extraneos, & ad simplicitatem iuris gentium, qualis fuit in militaribus testamentis, quodadmodo redacta esse testamenta, Præs. Vigl. ad tit. instit. de milit. testam. num. 9. & ad tit. de testam. ordin. Ita vt fere sufficiat Paroqui, Notarijve, & duorum triumvè testimonijs, vel subscriptione testatoris, vel quocumque alio modo constare certo de vltima voluntate:* Cuyas palabras no solo se han puesto à la letra para el proposito que se traen, sino para el principal deste papel; pues con ellas, si lo que contienen es cierto, queda bastantemente fundada la justicia desta parte; y para el punto presente, adducitur *Cancer. var. d. cap. 4. n. 76.*

177 Con que queda llano, que el no auerse relaxado la solemnidad de los testigos inducida del *fuero 7.* por la disposicion del *fuero 51.* no haze consequencia

para

para que las demàs ſolemnidades del Derecho Ciuil no queden caducadas.

178 Tum etiam, porque quando lo dicho ceſſara, y pudiera ponerſe en parangon la ſolemnidad de publicacion, con la de los teſtigos, baſtaua el auerſe cumplido la dicha publicacion por equipolente, por la doctrina referida num. 79 de *Menchaca*: Y la razon es, porque auiendo los *fueros de Valencia 9. y 51. rubr. de teſtam.* deſeſtimado las ſutilezas de Derecho, todas las ſolemnidades (aun en la opinion que las quiſo ſubſtanciales) dexaron de ſerlo, quedandoſe en el ſer de probatorias; baſtando para la valididad de los teſtamentos el logro del fin para que ſe introduxeron, aunque no por el medio formal que ſe diſpuſo, juzgando eſtas cauſas ſecundum bonum, & equum.

179 Lo qual lo diò bien à entender el *fuero 18. rubr. de teſtam.* citado ſupra num. 62. pues ſin embargo de ſer la ſolemnidad de tres, ò quatro teſtigos de Derecho Diuino, y de las gentes, y ſer aſsimiſmo de fuero, *en el caſo que preuino, que podia conſtar de la voluntad del teſtador, eſtando eſcrito el teſtamento de ſu propria mano, y ſellado con ſu ſello*, diſpuſo, que ſin interuencion de ningun teſtigo, ni otra ſolemnidad, ſubſiſtiera el teſtamento: Luego porque en las dichas ſolemnidades no miraron los fueros à lo formal dellas, ſino à ſu fin, que es para que conſte de la voluntad del teſtador, vt probat *Mantica*, iam citatus, *de coniectur. vltim. volunt. lib. 2. tit. 4. num. 1.* y como en nueſtro caſo no ſolo ſe cumpliò por equipolente la pubilcacion, ſino que con el examen de los teſtigos ſe hizo infalible la voluntad de la teſtadora, el no auerſe obſeruado la formalidad de la publicacion, no debe viciar el teſtamento.

180 Tampoco es de fundamento dezir, que el dicho *fuero 51.* no derogò las ſolemnidades eſtablecidas por otros fueros: Lo vno, porque no ſe hallarà alguno

que

que diga, que para que valga el testamento sea necessaria publicacion; y esta, si se requiere, es de estilo, & ex consequentia, por la naturaleza del acto, la qual tiene dos fines; el vno es, para que los testigos sepan la volun tad del testador; y el otro, para euitar los fraudes del Escriuano, *Dom. Couarr. in d. cap. relat. el primero, num.* 11. y assi en nuestro caso, como probamos supr. n. 168 no quiso el fuero publicacion de testamento; porque el primer fin della ya se consiguiò, auiendo oido los testigos toda la disposicion de la boca de la testadora; y el segũdo se consiguiò despues con sus deposiciones ante el Iuez Ordinario; con que, en quanto al fin, no se puede dezir que falta la publicacion.

181 Aunque bien considerado, en Valencia, con la confiança grãde que los fueros hazen de la legalidad de sus Notarios, cessa este segũdo fin; pues ninguna escritura, assi sea de contracto, como de testamento, firman los testigos, como es notorio, bastando poner sus nombres; cõ que el leer à los testigos las escrituras, no puede mirar à estorbar los fraudes que puedẽ hazer los dichos Notarios; pues pueden, sin embargo de auerlas leido, falsificarlas à su modo. De que se infiere, que en nuestro testamento, por fueros de Valencia, aunque no se huuieran recibido las deposiciones de los testigos para comprobar el testamento, quedaua bastantemente publicado.

182 Lo segundo se responde, negando en todo el presupuesto, cõ las mismas palabras del fuero, ibi: *Fueros, ò priuilegios contra esto hazientes, ò dizientes, no cõtrastando*: Luego es falso dezir, que este fuero no derogò las solemnidades introducidas por los otros.

183 Como tampoco es de fundamento lo que se dize contra el motiuo principal de la sentencia, afirmãdo, que es equiuocacion pensar, que por el *fuero* 51. en Valencia, *ampla testatoribus, est concessa testandi facultas,*

tas, reiectis solemnitatibus; porque la equiuocacion se passa en este caso à temeridad, en quien la reprehende; pues si juntàra este *fuero* 51. *con el* 54. *del mismo titulo*, hallàra, que el dicho motiuo son palabras expressas de entrambos fueros; pues en el 51. ya se ha visto à la letra como se desestiman las solemnidades; y en el 54. explicando el 51. dize, ibi: *Mas adelãte, Señor, como por fuero del Alto Rey Don Pedro Segundo, puesto baxo la presente rubrica, en el capitulo que empieça: Todas aquellas personas, &c. sea dada ancha, y llena facultad à los testadores de poder disponer libremente de sus bienes, &c.* Cõ que no es dudable, que el dicho motiuo de la sentencia, no solo no es equiuocacion, sino que es disposicion de fuero.

For. 54. rub. de test. *Mes auãt, Senior, com per fur del alt Rey Empere Segon, situat sots la present rubrica, lo capitol qui comença: Totes aquelles persones, &c. sia donada, ampla, è plena facultat als testadors de poder dispondre librement de sos bens, &c.*

184 Y tan cierto es, que en Valencia han atendido sus fueros à derogar las solemnidades del Derecho en los testamentos, que auiendo el señor Rey Don Iaime el Primero dispuesto en el *fuero* 2. *de testam.* que en ellos se obseruasse la forma del Derecho comun; èl mismo, en el *fuero* 7. puesto à la letra supr. num. 168 ya dispuso, que valiera el testamento cõ tres, ò quatro testigos, hecho ante Escriuano publico.

185 Y despues, el año de 1342. el señor Rey Don Pedro Segundo, por los *fueros* 8. *y* 9. dispuso, no solo que ningun testamento se anulasse por sutilezas de Derecho, ni fuero, sino que en consequencia de esto derogò el ruego de los testigos, y dispensò la mayor excepcion de algunos, disponiendo, que como concurriessen dos mayores de toda excepcion, no fuesse nulo el testamento, aunque los demàs fuessen descomulgados.

186 El año 1418. el señor Rey Don Alonso Tercero *fuero* 11. dispuso, que la forma del testamento contenida en el dicho *fuero* 7. bastasse en el testamento del ciego, aunque el heredero fuesse estraño, sin mas testi-

testigos, que los dichos tres, ò quatrō, y sin subscripciones, ni sellos de testigos; y sin sello de Notario, sino solo su acostumbrado signo.

187 El señor Rey Don Iaime el Primero, por el *fuero* 26. derogò la institucion de heredero. Y el señor Rey Don Martin, el año 1403. lo confirmò, declarando, que la porcion que el testador no huviesse distribuido entre los legatarios, perteneciesse à los herederos ab intestato. Con que poner duda, que en Valencia ampla testatoribus, est concessa testandi facultas reiectis solemnitatibus, es ponerla en que aya fueros en Valencia.

188 Y finalmente, no obsta el *fuero* 11. *ead. rubr.* que explicando el referido *fuero* 7. da à entender, que en qualquiera testamento se requiere signo de Escriuano: De lo qual se arguye, que siendo la publicacion necessario antecedente al signo, sopena de incurrir el Escriuano en falsedad, por el mismo fuero se infiere, que es tambien necessaria la publicacion, pues en la disposicion de los fueros se comprehēde todo aquello, quod venit in necessarium antecedens.

189 Porque se responde, que no se niega que la publicacion es necessaria en la escritura del testamento, sino que no es mas necessaria que del modo que se supone; esto es, quatenus prouenit ex natura actus, para que conste de la voluntad; pero no por forma del testamento, ad perfectionem, & consummationē illius: En cuyo caso, aūque prouenit ex foro, y estuuieramos en terminos de derecho civil, ex veriori sententia, se cūple por equipolente, ex traditis à *Mench. de success. creat. lib.* 1. §. 4. *n.* 31. *per tot.*

190 Y particularmente en nuestro caso, que por la anticipada muerte de la testadora no se pudo hazer la publicacion in forma especifica, en el qual *sufficit fieri actum eo modo quo est possibile, & remittitur forma, &*

va-

valet dispositio, etiam illa non seruata, prout in electionibus, mandatis, & similibus actibus concludit, Roland. cons. 43. n. 36. vsque ad 44. lib. 2. Aym. cons. 12. n. 2. vsque ad 6. per doctrinam *Ioann. Andr. in cap. in toto, de reg. iur. in 6. Abb. cons. 25. col. 2. in fin. vers. Secundus modus, lib. 2. & cons. 65. n. 3. eod. lib. Alexand. cons. 206. n. 10. lib. 6.* quos refert, & sequitur *Gratian. discept. forens. cap. 522. n. 10.*

191 De todo lo qual resulta, que se debe confirmar la sentencia deste S. S. R. C. Saluo, &c.

Licenc. Don Ioseph
Felix de Amada.